This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Switzerland
77

Zu

Artikel 184 und Artikel 191

des schweizerischen Obligationenrechts

Die formlose Abtretung
ein pactum de cedendo?

Das pactum de cedendo
ein Vorvertrag?

Von

Heinrich Degenkolb

Basel 1891
R. Reich vormals C. Detloffs Buchhandlung

25

For Ty
D

MAY 12 1921

Aus der Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge Band 10.

Inhalt

Seite

Einleitung 1

§ 1 Attenhofers Theorie 2

§ 2 **I. Das pactum de cedendo ein Vorvertrag?** 3

II. Die formlose Abtretung ein pactum de cedendo?

§ 3 Ausgangspunkte 6

§ 4 Veräusserung und Veräusserungsusage 9

§ 5 Zur Entstehungsgeschichte der Artikel 184 und 191 13

Der Gesetzesinhalt von Artikel 184

§ 6 Allgemeiner Inhalt 17

§ 7 Umkreis der „Dritten“ 19

Die Rechtswirkungen formloser Abtretung

A. Nach Innen

§ 8 Uebersicht 20

§ 9 Mit Absatz 2 Artikel 184 verträgliche Rechtswirkungen nach Innen 21

B. Nach Aussen

§ 10 Die leitenden Grundsätze 24

§ 11 Ermächtigung des Schuldners zu Verhandlungen mit dem Cessionar 25

§ 12 Die „Abtretungsurkunde“ des Artikels 191 und ihr Verhältniss zur „schriftlichen Beurkundung“ des Artikels 184 34

§ 13 Cession der Ansprüche aus formloser Abtretung 41

§ 14 Schlussbetrachtung 44

Zu Artikel 184 und Artikel 191 des schweizerischen Obligationenrechts

Die formlose Abtretung ein pactum de cedendo? Das pactum de cedendo ein Vorvertrag?

Vorstehende Doppelfrage ist neuerdings von Attenhofer[1]) gestellt und durchweg bejahend entschieden worden. Rücksichtlich der erstgedachten Frage folgt Attenhofer einer schon vor ihm aufgestellten, in der schweizerischen Rechtsliteratur, so weit ich sehe, zu unbestrittener Herrschaft gelangten Theorie. Die zweitgedachte Frage ist erstmals von Attenhofer aufgestellt. Seinen Ergebnissen muss ich in beiden Richtungen widersprechen: am entschiedensten der Einbeziehung des pactum de cedendo in den Vorvertrag, weniger unbedingt der Einbeziehung formloser Abtretung nach Artikel 184 in das pactum de cedendo; wie denn überhaupt nach dieser Richtung hin mannigfache Zweifel übrig bleiben. Es konnte nicht anders sein. Der Gesetzgeber bietet uns, wie er selbst hervorhebt, in Artikel 184 ein „ganz eigenartiges System der Cessionsformen."[2]) Was er uns nicht

[1]) In seiner verdienstlichen Abhandlung über die rechtliche Stellung des Cedenten zum Cessionar (s. d. Zeitschr. N. F. VIII p. 334—365).

[2]) S. die Botschaft des Bundesrathes v. 27. November 1879 über den Entwurf desselben Jahres (Bundesblatt 1880 I 180). E. Vogt hat diese „Eigenartigkeit" bestritten (zur Einbürgerung des schweizerischen Obligationenrechts II 93). Ob mit Recht? darüber weiter unten.

bietet, das ist ein in sich fertig zu Ende gedachtes System. Wie es fertig zu denken sei? darüber lässt sich streiten. Verständige Selbstkritik wird sich hüten, den eigenen Ergebnissen Unfehlbarkeit beizumessen.

§ 1
Attenhofers Theorie

„Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Uebergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung."

So Artikel 184. Seine Auslegung hat zwei in ihm enthaltene Sätze mit einander zu versöhnen. Den einen: die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich. Den andern: die Wirksamkeit des Uebergangs gegenüber dritten Personen bedarf schriftlicher Beurkundung.

Den Ausgleich beider Sätze sucht und findet die herrschende, auch von Attenhofer gebilligte Lehre darin, dass sie die formlose Abtretung nach Artikel 184 als blosses pactum de cedendo fasst. Attenhofer führt die Lehre weiter. Er untersucht eingehend die rechtliche Natur des pactum de cedendo. Er bestimmt es im Ergebniss als Vorvertrag und zieht daraus sehr wichtige Folgesätze. Die wichtigsten sind etwa diese:

Erstens: die formlose Abtretung ist lediglich obligatorischer Vertrag. Als solcher wirkt sie nur unter den Parteien. Insbesondre ist auf formlose Abtretung hin der Schuldner zur Zahlung an den Cessionar weder verpflichtet noch berechtigt (a. a. O. S. 337).

Zweitens: die aus formloser Abtretung entspringende Obligation geht auf die in Artikel 191 bestimmten Leistungen, vor Allem also auf Zustellung einer schriftlichen Abtretungsurkunde (a. a. O. S. 339). Sie erweist sich demzufolge

Drittens als obligatio faciendi und fällt daher rücksichtlich ihrer Umsetzung in einen Geldanspruch unter Ar-

tikel 111 [1]) des schweizerischen Obligationenrechts (a. a. O. S. 346). Sie ist endlich

Viertens als obligatio auf contrahere streng persönlich, unvererblich und uncedirbar (a. a. O. S. 340 ff.).

Diesen Sätzen und ihrem theoretischen Ausgangspunkt stellen wir zwei grundsätzlich davon abweichende Sätze gegenüber:

Das pactum de cedendo ist kein Vorvertrag.

Die formlose Abtretung ist im Sinne von Artikel 184 mehr als ein einfaches pactum de cedendo: sie ist relativ wirkende Forderungsübertragung.

§ 2

I. Das pactum de cedendo ein Vorvertrag?

Fest eingewurzelter Sprachgebrauch beschränkt das Gebiet der Vorverträge auf Zusagen über künftiges obligatorisches contrahere. Göppert hat diese Beschränkung zutreffend gerechtfertigt.[2]) So weit ich sehe schliesst Attenhofer sich dem herrschenden Sprachgebrauche an. Dies zu Grunde gelegt und ferner die gerade von Attenhofer vorausgesetzte unvermittelte Scheidung zwischen Cession und pactum de cedendo einstweilen angenommen, so scheint mir seine Auffassung des pactum de cedendo als Vorvertrag sich selbst zu widerlegen. Attenhofer denkt sich die Cession als Forderungsveräusserung, das pactum de cedendo als vertragsmässige Zusage künftigen Veräusserungsaktes. Veräusserung ist, so aufgefasst; in sich selbst kein obligatorisches Versprechen, Zusage künftiger Veräusserung nicht Zusage auf künftiges contrahere, mit andern Worten: sie ist nicht Vorvertrag. Das ist ohne Weiteres klar bei Gestaltung der Cession zu einer abstracten Veräusserungsform. Eine

---

[1]) „Jede Verbindlichkeit etwas zu thun löst sich, wenn die Nicht-„erfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum „Schadensersatz auf. Jedoch kann der Gläubiger ermächtigt werden, „die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen."

[2]) S. kritische Vierteljahrschr. f. Gesetzgebung u. R.-W. XIV 403 ff.

solche erschöpft sich in der Veräusserung und veräussern heisst vom obigen Standpunkt aus: eine rechtliche Zuständigkeit von sich auf einen andern übertragen; es heisst nicht: sich der Gegenpartei erst auf eine künftige Uebertragung verpflichten. So viel ich sehe, gilt der schweizerischen Rechtsliteratur die Cession durchweg als abstracte Veräusserung wenigstens in dem Sinne, dass die Abtretung auch ohne hervortretende causa rechtsübertragend wirke. Sie ist demzufolge ein reines Geben: wer Cession verspricht, der verspricht das Geben seines Forderungsrechtes. Das ist nicht Versprechen künftigen Versprechens. Aber auch bei Auffassung der Cession als eines in sich nothwendig causal individualisirten Veräusserungsgeschäftes hört die Cession von dem bezeichneten Standpunkt aus nicht auf Veräusserung zu sein und geht eine auf Vornahme der Cession gerichtete Zusage als solche auf künftige, wenn auch individualisirte Veräusserung, nicht einfach auf künftiges obligatorisches contrahere. Sie begründet eben desshalb, wie immer man die zweifelhafte Grenze der obligationes faciendi bestimme, etwas anderes als eine unter Artikel 111 O. R. fallende Verpflichtung, etwas zu thun.[1]) Unsere Frage ist seiner Zeit, wenn auch für ein anderes Rechtsgebiet (das Gebiet des Preussischen Allg. Landrechts und seiner Verträge über Handlungen) vom deutschen Reichsoberhandelsgericht erwogen und völlig zutreffend entschieden worden. Mit Recht verwarf das genannte Gericht die Einbeziehung des pactum de cedendo in die Verträge „über Handlungen", und mit Recht wies es den Einwand, dass die Cession, zu deren Vornahme jenes pactum verpflichte, eine Willenserklärung und somit nothwendig Handlung sei, durch die Gegenbemerkung zurück, auch die Tradition sei „Handlung", und doch gehöre der zu

[1]) Ob die aus einem wirklichen pactum de contrahendo entspringende Verpflichtung eine obligatio faciendi strengeren Sinnes, das contrahere also „Handlung" im Sinne des Pr. A. L. R., ein „Thun" im Sinne des Artikel 111 Schw. O. R. sei, lassen wir im Anschluss an ein Erkenntniss des deutschen Reichsoberhandelsgerichts „dahingestellt". S. Erk. des I. Senats v. 20./2 1872 Entsch. V 165.

ihr verpflichtende Verkauf anerkannter Massen nicht zu den Verträgen „über Handlungen", sondern zu den Verträgen „über Sachen".[1]) In der That, wer das pactum de cedendo als pactum de contrahendo fasst, weil die Cession sich in einer rechtsgeschäftlichen „Handlung" des Cedenten vollziehe, der muss für das klassische Recht die Stipulation auf dare eines Sklaven als Quelle einer obligatio faciendi fassen, weil jene Stipulation die Verpflichtung zur mancipatio oder in jure cessio des Sklaven in sich schloss,[2]) und dem löst sich für das französische Recht die obligation de donner in eine obligatio faciendi auf, weil die geschuldete délivrance ein Handeln darstellt.[3]) In all dem isoliren wir Zusage und Veräusserung, allgemeiner: Veräusserung und ihre causa.

Es ist die Isolirung des Begriffes. Was er scheidet, bringt das Leben in die mannigfaltigste Verbindung, wie in allen „Veräusserungsgeschäften", so auch in dem Gesammtvorgang des „Cessionsgeschäftes". Es verschlingen sich in ihm Uebertragung und Gewährung, Entäusserung und Haftungsübernahme mannigfacher Art. Der Veräusserungs-

---

[1]) Erk. des R. O. H. G. I. Senat, vom 1./9 1873 Entsch. XI n. 8 S. 19—20. Passt zu dieser Entscheidung das Erk. des II. Senats, dass Verpflichtung zur Verzichterklärung auf einen Schankconsens Inhalt eines Vertrages über Handlungen sei? (S. Erk. v. 26./10 1872 Entsch. VII 339).

[2]) Aber l. 72 pr. D. 45, 1 (fundum tradi unter den obligationes faciendi) und Gai. IV 131[a] (actio emti de fundo mancipando)? Das tradere vom Haben isolirt, das mancipare als die spezifische Handlungsform in das Auge gefasst, nicht bloss als Mittel des Habens, ist facere, aber die Zusage des Gebens, obwohl durch Handlungen gewisser Art zu realisiren, ist und bleibt etwas von der obl. faciendi Geschiedenes (Brinz Pandekten 2 Aufl. II § 217 zu n. 8. Windscheid § 253 n. 8. Rümelin Theilung der Rechte S. 191).

[3]) In der That fehlt es nicht an entsprechenden Aeusserungen in der französischen Rechtsliteratur. Allein sie vertreten nicht die herrschende Auffassung. Und sie wären, selbst als richtig angenommen, für Attenhofers Theorie vom pactum de cedendo nicht verwendbar, denn Attenhofer fasst es als rein obligatorische Zusage: die französische obligation de donner wirkt als Speziesobligation — wenigstens in thesi — mit dinglichem Erfolg und dies lässt die délivrance allenfalls als reine „Handlung" erscheinen.

begriff wird dadurch selbst ein elastischer; die von Attenhofer vorausgesetzte absolute Scheidung der Veräusserung von der Zusage auf Veräusserung, der Cession von dem pactum de cedendo wird denn auch auf ihre Durchführung im geltenden Sprachgebrauche zu prüfen sein. Allein die innere Schlüssigkeit der Attenhoferschen Aufstellung kann nur von seinem eigenen Ausgangspunkt aus geprüft werden. Ihm zufolge ist nun einmal der Gegensatz zwischen Cession und pactum de cedendo absolut. Wer Abtretung verspricht, hat gerade nach Attenhofer noch nicht abgetreten; wer Abtretung erklärt, erklärt eine Uebereignung des Forderungsrechtes und kein Versprechen, sie zu übertragen; wer jene Uebereignung causal individualisirt erklärt (Cession als Kauf, als Aussteuer, als Schenkung u. s. f.), der verbindet etwa Cession mit obligatorischen Verpflichtungen, aber wie wir auch die letztern fassen: die Zusage auf Cession bleibt Zusage auf Uebertragung; sie wird nicht ihrerseits zu einem pactum de contrahendo.

Damit fällt die theoretische Unterlage aller von Attenhofer auf jene vermeintliche Eigenschaft des pactum de cedendo gegründeten Sätze: so die vermeintlich streng persönliche Natur des aus dem pactum erwachsenden Anspruchs, so auch seine Natur als obligatio faciendi. Alles dies unbeschadet der nicht hier zu erörternden Frage: ob selbst unter Zugrundelegung der Theorie vom pactum de contrahendo sich alle dafür in Anspruch genommenen Sätze Attenhofers als unanfechtbar erweisen: eine Frage, welche wir unsererseits nicht durchweg zu bejahen vermögen.[1])

II. Die formlose Abtretung ein pactum de cedendo?

§ 3

Ausgangspunkte

Das pactum de cedendo kein Vorvertrag. Ist die formlose Abtretung im Sinne des Artikels 184 überhaupt ein

[1]) So namentlich nicht die von Attenhofer vertheidigte streng persönliche Natur des Anspruchs auf contrahere.

pactum de cedendo? Dies die zweite, die praktisch wichtigste und zugleich die schwierigste Frage.

Unleugbar hat ihre Bejahung einen sehr verlockenden Schein. Sie liefert uns anscheinend was wir von der Wirkung formloser Abtretung in Gemässheit von Artikel 184 verlangen müssen: einerseits eine aus solcher „Abtretung" hervorgehende „Verbindlichkeit", andererseits den Ausschluss einer Wirkung gegenüber dritten Personen. Sie erklärt ferner den Artikel 184 aus Artikel 191, indem sie diesem letztern den Inhalt der aus Artikel 184 abzuleitenden „Verbindlichkeit" entnimmt. Und dieser Inhalt ist es, welcher die formlose Abtretung als pactum de cedendo erscheinen lässt; denn er geht im wesentlichen auf Ausstellung einer Abtretungsurkunde. Die letztere ist nichts anderes als schriftliche Cessionserklärung. Also begründet formlose Abtretung die Pflicht auf schriftliche Cession, und da sie pactum ist, so charakterisirt sie sich als pactum de cedendo. Dies der Gedankengang bei allen mir bekannten Vertretern der herrschenden Theorie: bei E. Vogt,[1]) Hafner, Schneider,[2]) Attenhofer[3]). Der Gedankengang ist einfach. Seine Einfachheit ist seine Stärke. Aber hervorgetrieben ist er durch die Verzweiflung am Gesetz. Mehr oder weniger eingestandener Massen vergewaltigt er den Wortlaut des Gesetzes, um den Einklang seines Inhalts zu erzwingen. Statt aller genüge Schneiders[4]) Eingeständniss: zur Auffassung formloser Abtretung als pactum de cedendo „passt der Wortlaut des Gesetzes schlecht und dessen Entstehungsgeschichte zeigt, dass diese Auffassung nicht die der vorberathenden Behörden war." Sie ist Nothbehelf zur Vermeidung scheinbaren inneren Widerspruches im Gesetz. Unzweifelhaft darf ein etwaiger Widerspruch der Fassung nicht in die Anwendung des Gesetzes übergehen. Dem widerspruchsvoll gefassten Gesetz muss ein widerspruchs-

[1]) Anleitung S. 128.

[2]) In ihren Commentaren zum schweizer. Obligationenrecht zu Art. 184 (bei Schneider in der zweiten Auflage).

[3]) A. a. O. S. 336.

[4]) Schweizerisches Obligationenrecht 2. Auflage zu § 184 Z. 2.

freier Inhalt gegeben werden. Und auch darin wird der von Attenhofer und seinen Vorgängern vertretenen Methode zu folgen sein, dass von den einander widersprechenden Bestimmungen des Gesetzes die unbestimmtere der bestimmteren zu weichen hat. Verträgt sich der Ausschluss einer Wirksamkeit des Ueberganges gegenüber Dritten nicht mit dem Begriff der Abtretung und nur mit Auffassung der sogenannten (formlosen) Abtretung als eines pactum de cedendo, so muss die „Verbindlichkeit" dieser Abtretung in diesem Sinne gefasst werden, mag immerhin der Eingang des Artikels das Erforderniss besonderer Formen für die Abtretung verneinen. Allein dem allem gegenüber erhebt sich die entscheidende Frage: besteht der bisher vorausgesetzte Nothstand in Wirklichkeit? Die herrschende Auslegung des Artikels 184 findet ihn in dem Dilemma, einerseits der formlosen vom Gesetz als „verbindlich" bezeichneten Abtretung rechtliche Wirksamkeit zugestehen zu müssen, und doch andererseits diese (gegen Dritte versagte) Wirksamkeit nicht als Wirkung schon vollzogener Abtretung denken zu können. Ihr zufolge sind somit innerhalb der an sogenannte „Abtretung" überhaupt zu knüpfenden Rechtswirkungen die Wirksamkeit als pactum de cedendo und die Vollwirksamkeit nach Aussen erschöpfende Alternativen und zugleich einander gegebenen Falls ausschliessende Gegensätze. Die formlose Abtretung, so wird gefolgert, könne nur Eines von Beidem sein: volle nach Aussen wirksame Cession oder reines pactum de cedendo. Das Erstere ist sie nicht, damit erscheint ihre Eigenschaft als pactum de cedendo unausweichlich. Allein ob in der That die nicht nach Aussen als Uebergang wirkende und doch nach Innen nicht unwirksame „formlose Abtretung" nichts anderes sein könne als pactum de cedendo? ob jene oben aufgestellte Alternative eine erschöpfende Alternative und ob der Gegensatz zwischen pactum de cedendo und vollwirksamer Cession ein unvermittelter sei, das eben ist die Frage. Im Ergebniss verneinen wir sie. Und nun stellt sich die Sache eigentümlich genug. Indem wir den Gegensatz zwischen Cession und pactum de

cedendo der Schroffheit entkleiden, welche Attenhofers und überhaupt die herrschende Auslegung des Artikels 184 ihm beilegt, liefern wir eben dieser Auslegung eine von ihren Vertretern selbst nicht benutzte Stütze. Denn je mehr beide, Cession und pactum de cedendo, sich einander nähern, um so eher lassen beide sich unter dem gemeinsamen Terminus „Abtretung“ zusammenfassen, und um so mehr verschwindet einerseits der innere Widerspruch in der Fassung des Gesetzes, andererseits der Widerspruch der herrschenden Auslegung gegen das Gesetz. In der That beruht eben hierin die relative Berechtigung der mehrgedachten Auslegung. Aber nach andrer Seite liegt eben darin auch ihre Schwäche. Denn dieselben Erwägungen, welche uns Vermittlungen zwischen Cession und pactum de cedendo liefern, widerlegen zugleich die von der herrschenden Auslegung des Artikels 184 und insbesondere von Attenhofer vorausgesetzte Ausschliesslichkeit der Alternative zwischen vollwirksamer Cession und pactum de cedendo. Sie weisen auf zwischen beiden bestehende Zwischenglieder. Und auf diese Zwischenglieder, nicht auf das pactum de cedendo, führt denn auch die unbefangene Betrachtung des Gesetzes. Es spricht der formlosen Abtretung nicht Vollwirksamkeit, aber doch mehr an Wirkung zu als bloss die Erzeugung der im Artikel 191 genannten Ansprüche (unter ihnen vor Allem des Anspruchs auf Zustellung einer Abtretungsurkunde). Dies wird zu zeigen und im Anschluss hieran eine bisher (vermuthlich wegen anscheinend gar zu grosser Selbstverständlichkeit der Antwort) kaum gestreifte, geschweige denn wirklich untersuchte Frage zu erörtern sein: die Frage, was unter „schriftlicher Beurkundung“ in Artikel 184, unter „Abtretungsurkunde“ in Artikel 191 zu verstehen sei?

§ 4

Veräusserung und Veräusserungszusage

Nichts erscheint formal logischer Betrachtung säuberlicher von einander geschieden als die „Veräusserung“ von dem „Versprechen zu veräussern.“ Und doch zeigt jeder

Blick auf Rechtssprache und Rechtslehre, dass Veräusserung und Veräusserungszusage sich keineswegs in der vorausgesetzten Weise von einander isoliren, und dass die Verwendung des Veräusserungsbegriffes sich nicht auf die gegen Dritte wirksame Veräusserung beschränkt. So bereits bei den Römern. Der Verkauf ist distractio unabhängig von der Tradition.[1]) Der heutige Streit um das Wesen der Tradition als blossen „Realisirungsaktes" dreht sich im letzten Grunde um den Veräusserungscharakter des Kaufes schon vor jener „Realisirung." Allerdings fehlt noch immer viel an der logischen Bewältigung oder auch nur an genügender Präcisirung jener Anschauungen und der ihnen entspringenden Terminologie. Wer sie erbringen will, steht vor dem Ausschnitt eines weit umfassenderen, vielverzweigten, dogmatischen und rechtsgeschichtlichen Problems[2]), vor der Frage nach dem Verhältniss zwischen Sachenrecht und Obligationenrecht und nach dem Verhältniss zwischen Parteiwillen und Rechtswirkung im Rechtsgeschäft. Dergleichen bei Gelegenheit der Auslegung von Artikel 184 des schweizerischen Obligationenrechts zum Austrag zu bringen verbietet sich von selbst. Nur einer der einschlagenden, für unsere Aufgabe verwendbaren Gesichtspunkte sei hier bezeichnet und in einige seiner Folgsätze hinein verfolgt. Es ist die Betrachtung des Rechtsgeschäfts nnd so des Veräusserungsgeschäftes von Seite seines immanenten praktischen Endzwecks statt von Seite des specifischen zu dessen Realisirung im Rechtsgeschäft verwendeten Mittels; kürzer ausgedrückt: die Betrachtung des Rechtsgeschäftes von Seite des praktischen statt von Seite des formal juristischen Objekts.[3]) Solche

[1]) S. z. B. l. 5 § 12 D. XIV, 3. Von jeher hat Windscheid auf diese Seite des Kaufes energisch hingewiesen (Pandekten § 385). Sein heimathliches Recht (das rheinisch-französische) mag an dieser Stelle unbesprochen bleiben und von andern hieher gehörigen Schriftstellern nur noch Bernhöft genannt sein (Jherings Jahrb. XIV 58 ff., der Besitztitel 1875).

[2]) Es ist ein Problem namentlich auch der deutschen Rechtsgeschichte, welches hier nur genannt, aber nicht erörtert werden kann.

[3]) Der Gegensatz verhält sich einigermassen analog zu Kierulff's Unterscheidung des praktischen und des juristischen Objekts der Rechte (Theorie des gemeinen Civilrechts I 309).

Betrachtungsweise legt bei der Veräusserung den Nachdruck nicht auf die dingliche, m. a. W. nicht auf die gegen Dritte sich kehrende Wirkung, sondern auf die Vermögensbeziehung [1]) zum praktischen Objekt; wer kauft, will die Waare und gewährt ist sie ihm für sein Vermögen schon durch den Kaufabschluss, auch vor der Tradition, m. a. W. der Verkauf selbst ist schon Realisirung des Veräusserungsgedankens, die Tradition entwickelt sie nur in andern Formen und zu höherm Grad. Eben desshalb weil bei solcher Betrachtungsweise das praktische Objekt die Hauptsache, das juristische Mittel nur etwas verhältnissmässig Sekundäres ist, hängt ihr zufolge die Gesammtgültigkeit des Veräusserungsgeschäftes nicht von dem unmittelbaren dinglichen Erfolge ab und trägt die Veräusserungserklärung die Fähigkeit in sich als Zusage zu wirken, auch wenn sie nur vom Geben und nicht vom Versprechen eines künftigen Gebens redet. [2]) Wer im Wege des Baarkaufs fremde Sachen weggiebt, hat auch ohne jede Zusage die Pflicht das habere licere zu gewähren; vom praktischen Objekt aus betrachtet ist der Sachverkauf entgeltliche Sachzuwendung und ist diese jedenfalls so oder anders zu realisiren. Nur aus dem Gesichtspunkt des praktischen Objekts erklärbar und von ihm aus in gewissem Mass berechtigt ist denn auch eine andre, vom formal juristischen Standpunkt aus sehr anfechtbare Erscheinung aus dem Gebiet der Vorverträge. Eine namentlich in früherer Zeit viel verbreitete, bis in unsre Tage hinein immer wieder erneuerte Lehre will aus formungültigem Hauptvertrag die Pflicht ableiten, die Form nachzuholen, d. h. sie behandelt die abgegebene und als solche

[1]) S. Savigny System IV 24.

[2]) S. neuerdings Bechmann Kauf II 52 über den Zuwendungswillen und seine nach objektiven Voraussetzungen sich bestimmende Sanctionirung bald als Veräusserungs- bald als Verpflichtungswillen (beim Legat) und über die Alternative empirischer Absicht (Veräusserung, eventuell Zusage) bei Kauf und andern Geschäften II 88. Man kann über die Formulirung streiten. In der Sache schwebt Bechmann m. E. Richtiges vor. Schlossmann's Widerspruch (Jhering's Jahrb. XXVII 35) ist vor der Hand nur angekündigt, aber nicht begründet.

unwirksame Hauptvertragserklärung als eventuelle Vorvertragserklärung.[1]) Warum? Weil sie im Vorvertrag nur die unvollkommenere Erscheinung des Hauptvertrages sieht, und warum dies? weil sie im Vorvertrag die vermittelte Gewährung des vom Hauptvertrag unmittelbar zu verschaffenden praktischen Objektes erschaut; beides also: Hauptvertrag und Vorvertrag treffen jener Anschauung zufolge im praktischen Objekt zusammen; von da aus ist es nur ein Schritt, den unwirksamen Hauptvertrag in einen Vorvertrag umzusetzen: der letztere gilt nicht als davon qualitativ geschieden, sondern nur als ein minus an „Vollkommenheit."

Wie weit derartige Anschauungen das wirklich geltende Recht beherrschen? wie positiv, d. h. wie mannigfaltig sich auch hier die geschichtliche Entwicklung darstellt, das aufzuweisen fällt aus dem Rahmen unserer Aufgabe heraus. Nur Eines lässt sich an dieser Stelle für unsre Frage, d. i. für das Verhältniss des pactum de cedendo zur „Abtretung" verwerthen. Wenn der Sachkauf Veräusserung ist schon vor der Tradition, wenn die Theorie von den pacta praeparatoria als unvollkommener Hauptverträge die Schärfe logischer Scheidung des Hauptvertrags vom Vorvertrag überbrückt oder zu überbrücken versucht, so werden wir uns von vorneherein darauf gefasst halten, auch die Abtretung von Forderungen als einen elastischen, verschiedene Formen und verschiedene Abstufungen der Abtretung in sich aufnehmenden Begriff zu finden. Ja noch mehr, die Natur des Gegenstandes bedingt hier eine Relativität des Veräusserungsbegriffs, wie dies nicht entfernt in gleichem Masse bei der Sachveräusserung zutrifft.

Die Geschichte der Cession ist die Geschichte einer beständig wechselnden Vermittlung zwischen dem Gedanken der Forderungs-Uebertragung und der Nichtübertragung, des Forderungs-Uebergangs und des Nichtübergangs, und

[1]) S. darüber meine Festschrift: der Begriff des Vorvertrages (1871), Wiederabdruck im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 S. 48—49.

sie hat diese Eigenschaft auch heute nicht verloren, selbst da nicht, wo man der Denuntiation die „Benachrichtigung" des Schuldners unterschiebt und dem Abtretungsakt des Cedenten die denkbar weitestgreifende Wirkung im Sinne der Forderungsübertragung zugesteht. Denn immer bleibt als unübersteigliche Grenze dieser Wirkung der Schutz des gutgläubigen Schuldners aufrecht, mit ihm die Relativität des Forderungsübergangs vor der erlangten Wissenschaft des Schuldners, und es ergiebt sich innerhalb der sogenannten „Abtretung" eine Entwicklung ihrer Wirkung vom Cessionsakt bis zur Kenntnissnahme des Schuldners und zwar als Entwicklung von unvollkommener Wirkung zur Vollwirksamkeit gegenüber Dritten. Allerdings nun handelt es sich bei dem vorausgesetzten System nur um den Schutz gutgläubiger Dritter, und auch da, wo der Erwerb sich formell durch die Denuntiation vollendet, steht die letztere in der Hand des Cessionars, nicht in der des Cedenten, während die Wirksamkeit formloser Abtretung gegen Dritte nach Artikel 184 von einer Beurkundung durch den Cedenten abhängt.

Allein, so gewiss danach die formlose Abtretung durch sich selbst sehr viel schwächer wirkt als die beurkundete Cession und so gewiss ihre Minderkraft in der Unmöglichkeit hervortritt, eine „Wirksamkeit des Uebergangs gegenüber Dritten" ohne Mitwirkung des Cedenten zu erlangen, so wenig folgt daraus die logische Nothwendigkeit, den formlosen Abtretungsakt lediglich als pactum de cedendo zu bestimmen, und so gewiss fällt mit der logischen Nothwendigkeit auch die Zulässigkeit der gedachten Construktion vom Standpunkt des bestehenden Rechtes aus hinweg, denn was gegen sie spricht, ist das Gesetz.

§ 5

Zur Entstehungsgeschichte der Artikel 184 und 191

Was soeben von dem Gesetz behauptet wurde, stützt sich auf seine noch zu besprechende Fassung. Weniger ergiebig ist, was wir von der Entstehungsgeschichte der frag-

lichen Artikel wissen. Hier bleiben Zweifel und diese verstärken sich durch die vorhandenen Lücken unsrer Kenntniss. Denn seltsamer Weise versagt die genauere Kunde gerade an dem für Artikel 184 entscheidenden Wendepunkte seiner Vorgeschichte.

Wir wissen etwa wann? aber nur sehr unvollkommen wie? das „eigenartige System“ des Artikels 184, nämlich seine Unterscheidung zwischen der Wirksamkeit unbeurkundeter Cession nach Innen und ihrer Wirksamkeit nach Aussen erstmals in die Entwürfe gekommen ist. Die älteren Entwürfe enthielten davon nichts. Sie beruhigten sich bei dem unmodificirten Princip formloser Cession.[1]) Einen Wendepunkt bildeten die Verhandlungen der Basler s. g. Expertencommission in ihrer Sitzung vom 22. September 1877.[2]) Hier traten Vertheidiger der Schriftform auf, allein was im Laufe der Verhandlung erörtert wurde, betraf die Fragen: ob Gültigkeits- oder Beweisform? ob Beschränkung des Schriftlichkeitserfordernisses auf Abtretung beurkundeter Forderungen oder Ausdehnung auf andere Fälle, ob Schriftform exclusiv oder mit alternativ daneben zugelassener formloser Uebergabe der Schuldurkunde?; von einer Unterscheidung innerhalb der Wirkung unbeurkundeter Cessionen war keine Rede.[3]) Sie erscheint, wie anzunehmen, als freie Schöpfung der sog. Redaktionskommission, in

[1]) S. schon den Kommissionsentwurf 1869/72 (gedr. 1875) Art. 157: „Die Abtretung einer Forderung bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form.“

[2]) Das Material zu diesen Mittheilungen verdanke ich der freundlichsten und thatkräftigsten Mithilfe hochverehrter schweizerischer Fachgenossen. Ihnen Allen, obenan meinem Freunde A. Heusler und den Herren Zeerleder Vater und Sohn herzlichen Dank auch an dieser Stelle zu wiederholen, ist mir Pflicht und Freude zugleich.

[3]) Uebrigens endigte die ganze (vom Kommissionsmitglied Friderich angeregte) Debatte mit ziemlich dürftigem Ergebniss. Es kam zwar der Beschluss zu Stande, für beurkundete Forderungen die Schrift (alternativ mit Uebergabe der Schuldurkunde) vorzuschreiben, aber die Frage: ob Schrift als Gültigkeits- oder als Beweisform? blieb unentschieden, und schliesslich verwies man den ganzen Artikel zur „Redaktion“ an die Redaktionscommission.

deren Entwurf vom März 1878 sie erstmals in folgender Fassung auftritt:

Artikel 192: „Die Cession ist ohne besondere Form gültig. Um aber dritten Personen gegenüber oder im Konkurse des Abtretenden (Cedenten) wirksam zu werden, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung oder Uebergabe der Schuldurkunde oder des Schuldscheines.“[1])

Sachlich übereinstimmend der Kommissions-Entwurf vom Herbst 1878:

Artikel 205: „Die Abtretung ist ohne besondere Form gültig. Damit aber gegenüber dritten Personen namentlich im Konkurse des Abtretenden der Uebergang wirksam werde, bedarf es der schriftlichen Beurkundung oder der Uebergabe der Schuldurkunde.“

In der Fassung etwas modificiert der Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom Juli 1879:

Artikel 202: „Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.“ (Absatz 2 unverändert.)

So auch Artikel 184 des Gesetzes, jedoch unter Streichung der alternativ neben der Beurkundung anerkannten Uebergabe der Schuldurkunde.

Woher im Entwurf von 1879 die (vom Gesetz beibehaltene) Aenderung gegenüber den früheren Entwürfen? Warum: die formlose Abtretung ist „verbindlich“ statt (wie früher): sie ist „gültig“? Dürfen wir, und nicht gerade unwahrscheinlich, als Urheber der Aenderung den Vorstand des Justizdepartements vermuthen[2]) und erwägen wir die Darlegungen der bundesräthlichen Botschaft zu Ar-

---

[1]) Die bundesräthliche Botschaft führt die getroffene Bestimmung hauptsächlich auf den Rath der im Jahr 1877 neu in die Kommission hinzugetretenen Mitglieder zurück (a. a. O. S. 183).

[2]) Dass bei der Durchsicht der deutschen Fassung durch besagten Vorstand noch „einige Abänderungen“ angebracht worden sind, bezeugt die bundesräthliche Botschaft vom 27. Nov. 1879, a. a. O. S. 173. Und dass zu ihnen unsere Abänderung gehören dürfte, vermuthe ich deshalb, weil eben das „gültig“ nur in der deutschen Fassung aufgegeben, in den andern Texten beibehalten ist.

tikel 205 jenes 1879er Entwurfes, durch welche auch schon der Glaube an das pactum de cedendo hindurchschimmert,[1]) so möchte eben diesem pactum gradezu der offizielle Stempel aufgedrückt erscheinen — wäre nur der Vorstand des Justizdepartements der Gesetzgeber oder die bundesräthliche Botschaft zum Entwurf eine authentische Deklaration des Gesetzes. Wir behalten uns vor, jenen Ausführungen der Botschaft den Artikel 184 in seinem Gesammttext gegenüber zu stellen. Für jetzt zur Entstehungsgeschichte noch einen Blick auf das geschichtliche Verhältniss zwischen Artikel 184 und Artikel 191 des Gesetzes. Die herrschende, schon durch die Botschaft hindurch schimmernde Lehre entnimmt den Inhalt der aus formloser Cession entstehenden Rechtswirkung dem Artikel 191. Allein der Artikel 191 bestand in seinen Vorläufern schon vor Absatz 2 des Artikels 184, d. h. vor der Zurückdrängung der Wirksamkeit unbeurkundeter Cession. Dieselben Entwürfe, welche die formlose Abtretung als vollwirksam auch nach Aussen anerkennen, also alle Entwürfe vor dem Jahr 1878, bejahen die Pflicht des Cedenten, auf Verlangen des Cessionars eine „Urkunde über die Cession" auszustellen.[2]) Es ist nicht unwichtig, sich dies bei Auslegung des Gesetzes zu vergegenwärtigen. Wie immer man zur Durchführung des Artikels 184 des Eingehens auf Artikel 191 bedürfen möge: entstanden ist Artikel 191 ohne alle Beziehung zu Abs. 2 des Artikel 184. Beide bewegen sich denn auch in verschiedener Richtung. Artikel 191 regulirt innere Verhältnisse zwischen Cedent und Cessionar, Artikel 184 regulirt in seinem Absatz 2 das Verhältniss des Cessionars nach Aussen, d. h. Dritten gegenüber.

Wer den einen Artikel aus dem andern auszulegen unternimmt, halte sich dies und die oben mitgetheilte Entstehungs-

[1]) Auch die Botschaft weiss von Rechtswirkungen formloser Abtretung nur die Verpflichtung zu Ausstellung der Abtretungsurkunde u. s. w., kurz den Inhalt von Art. 209 des Entwurfs (den Vorläufer von Art. 191 des Gesetzes) anzugeben.

[2]) S. im Kommissionsentwurfe von 1869/72 Art. 157 vgl. mit Art. 164.

geschichte gegenwärtig, um nicht den einen Artikel aus dem andern zu missverstehen.

Der Gesetzestext von Artikel 184

§ 6
Allgemeiner Inhalt

Die Schlussbemerkung des vorigen § lässt es als gerathen erscheinen, Artikel 184 zunächst aus sich heraus, ohne Seitenblicke auf Artikel 191 auszulegen. Dies aber unter Zugrundelegung des vollständigen, d. h. des dreisprachigen Gesetzestextes. Die bisherigen mir bekannt gewordenen Ausleger halten sich einseitig an die deutsche Fassung. Der französische[1]) und der italienische Text bleiben ganz bei Seite. Das ist nicht richtig. Die Wissenschaft darf keinen jener Texte zu Gunsten ausschliesslicher Beachtung eines andern ignoriren; sie darf es um so weniger, als der etwa zweifelhafte Sinn des einen Textes seine Aufklärung durch den unzweifelhafteren Sinn des andern Textes finden kann.

Dies vorausgeschickt lassen wir nachstehend Artikel 184 im dreisprachigen authentischen Gesetzestexte folgen:

„Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Uebergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung."

„La validité de la cession n'est soumise à aucune condition de forme.

Toutefois le transport n'est opposable aux tiers, notamment en cas de faillite du cédant, que s'il est constaté par un acte écrit."

„Per la validità della cessione non è richiesta alcuna forma speciale.

---

[1]) Gestreift wird die französische Fassung wenigstens des Entwurfs von E. Vogt (zur Einbürgerung des schweizerischen Obligationenrechts II 96).

Tuttavia perchè la trasmissione sia efficace in confronto dei terzi, specialmente nel caso di fallimento del cedente, deve essere fatta per iscritto."

Hätten wir nur die deutsche Fassung, so liessen sich, wie schon oben angedeutet, an deren Wortlaut allenfalls[1]) Rückschlüsse auf die nur obligatorische Wirkung und auf deren Inhalt als Verpflichtung zu künftiger Abtretung knüpfen. Allein da der Ausdruck „verbindlich" zweifellos die allgemeine Bedeutung des „gültig"seins verträgt, so muss angesichts der französischen und der italienischen Fassung dieser Sinn als der auch für die deutsche Fassung massgebende anerkannt werden. „Verbindlich" sein im deutschen Text bedeutet also nichts anderes als das „gültig" sein der beiden andern Texte. Sofort ergiebt sich:

Soweit der Absatz 2 den Inhalt des ersten Absatzes nicht aufhebt oder einschränkt, wirkt auch die Abtretung ohne Form als Cession und zwar vollgültig als Cession.

Absatz 2 enthält nun allerdings eine Einschränkung jener Vollwirksamkeit. Aber eine Einschränkung nur in ganz bestimmter Richtung, nämlich rücksichtlich der Wirksamkeit des Ueberganges gegenüber „Dritten".

Wie dieses „gegenüber" namentlich im Angesicht der französischen Fassung zu verstehen sei, gehört in die Besprechung der Wirksamkeit formloser Cession nach Aussen. An erster Stelle interessirt uns ihr nach Innen gewendeter Rechtserfolg. Beiden aber: der Bestimmung der Rechtswirkung nach Innen und nach Aussen, hat die Abgrenzung zwischen dem Innen und dem Aussen voran zu gehen, d. h. die Bestimmung der Subjekte, welche wir als

[1]) „Allenfalls"! nämlich im Hinblick auf die im vorigen Paragraphen vorgetragene Entstehungsgeschichte. Denn von ihr abgesehen wäre es doch seltsam, wenn das Gesetz da, wo es von der Wirkung der Cession spricht, nur von der obligatorischen Wirkung zwischen den Parteien und von der Wirkung gegen Dritte spräche, dagegen die nicht obligatorische Wirkung zwischen den Parteien, d. i. den Veräusserungseffekt und damit gerade den spezifischen Effekt der normalen Cession in seiner Richtung auf die Parteien unbesprochen liesse oder ihn nur implicite als durch die Wirkung gegen Dritte gegeben subintelligirte.

Dritte oder im Gegensatz dazu als Nicht-Dritte anzuerkennen haben.

§ 7
Umkreis der „Dritten"

Der Begriff der „Dritten" ist rein negativ. Er ergiebt sich aus der Feststellung der Nicht-Dritten als nach deren Abzug vorhandener Rest. Wer aber in Beziehung auf Rechtsgeschäfte ein Nicht-Dritter sei? das bestimmt sich nach Verschiedenheit des Falles und des obwaltenden Gesichtspunktes sehr verschieden. In unserem Fall gelten uns als Nicht-Dritte in erster Linie die Geschäftsparteien im Sinne der Geschäftsherren im Cessionsgeschäft: also Cedent und Cessionar. Bei ihnen, d. i. bei den ursprünglichen Cessionsparteien bleibt Attenhofer stehen. Was ihn dazu bestimmt, ist ein vitioser Zirkel. Indem er aus Absatz 2 des Artikel 184 auf die Natur der formlosen Abtretung als eines pactum de cedendo schliesst und dieses wieder als pactum de contrahendo fasst, gelangt er von der vermeintlichen Unvererblichkeit des Anspruchs aus Vorverträgen zur Auffassung auch der Erben der ursprünglichen Cessionsparteien als „Dritter".

Die Grundlage der ganzen Schlussreihe ist hinfällig und mit ihr das Ergebniss. Angenommen, der Vorvertrag begründe unvererbliche Obligationen, so verschlägt dies Nichts für das nur irrig als Vorvertrag angenommene pactum de cedendo, und dieses wieder als Construction formloser Abtretung angenommen (nicht zugegeben), so fehlt es an jedem ersichtlichen Grunde der Unvererblichkeit eines Anspruchs auf Cession. Noch weniger besteht irgend welcher denkbare Grund für die Unvererblichkeit der — wie nachzuweisen — über das pactum de cedendo hinaustragenden wirklichen Ansprüche aus formloser Abtretung. Auch das französische Recht unterscheidet innerhalb des transport des créances zwischen dessen Wirkung auf Dritte und auf Nicht-Dritte; zu den Dritten rechnet aber die französische Juris-

prudenz die Erben der Cessionsparteien nicht.[1]) Die Frage nach der Cedirbarkeit der aus formloser Abtretung folgenden Ansprüche gegen den Cedenten und nach den Bedingungen für die Wirkung solcher Abtretung folgt unten in anderem Zusammenhang. Gehört zu den „Dritten" auch der Schuldner in der abgetretenen Forderung? Die Frage ist für das schweizerische Cessionsrecht bestritten, wie sie für das französische Cessionsrecht bestritten ist. Ich bejahe sie im Einklang mit der hier und dort überwiegenden[2]) Meinung; dies aber mit einem Vorbehalt. Das innere Rechtsverhältniss zwischen Cedent und Cessionar übt auch bei formloser Abtretung Reflexwirkungen auf das Verhältniss Beider zum Schuldner aus. Diese aus dem Recht des Cessionars abzuleitenden Reflexwirkungen scheitern nicht an der Eigenschaft des Schuldners als eines Dritten.

Die Rechtswirkungen formloser Abtretung

A. Nach Innen

§ 8

Uebersicht

Die herrschende Auslegung bestimmt den Rechtserfolg formloser Abtretung nach Innen durch Rückschlüsse aus der versagten Vollwirksamkeit nach Aussen. Indem sie von der Vollwirksamkeit die Wirkung „gegenüber Dritten" abzieht, behält sie als vermeintlichen Rest für das Verhältniss nach Innen nichts übrig als die Wirksamkeit nach Art eines pactum de cedendo. Zuzugeben ist nach dem oben in § 4 Ausgeführten, dass auch bei solcher Wirksamkeit noch allenfalls von „Abtretung" gesprochen werden könnte. Aber haltbar ist das Ganze nur, sofern bei Versagung der Wirksamkeit nach Aussen andere Wirkungen zwischen

---

[1]) S. Laurent Principes de droit civil fr. éd. 4. Vol. XXIV n. 502. Guillouard Vente II n. 771 (p. 308).

[2]) Als Gegner kenne ich für das Schweiz. O. R. nur den auch von den Commentatoren und von Attenhofer angeführten E. Vogt (a. a. O. II 95).

den Contrahenten als die eines pactum de cedendo logischer Weise nicht zu finden sind. Gerade dies aber ist petitio principii und zwar unrichtige petitio principii. Die nachstehenden Erörterungen werden eine Reihe anderweitiger über das pactum de cedendo hinaustragender Wirkungen als durchaus mit Absatz 2 Artikel 184 logisch verträglich erweisen. Damit fällt die Zurückführung formloser Abtretung auf ein pactum de cedendo in sich zusammen. Denn da das Gesetz auch die formlose Abtretung für gültig erklärt und nur ihre Uebertragungswirkung nach Aussen verneint, so bejaht es auf das Unzweideutigste die möglichst normale Wirkung formloser Abtretung nach Innen. Was sich von solcher Wirkung mit dem Ausschluss der Uebergangswirkung nach Aussen verträgt, muss ohne Weiteres als durch das Gesetz positiv zugebilligt gelten. Es handelt sich also darum, den Umkreis dieser mit der modificirten Wirkung nach Aussen verträglichen Wirkung nach Innen zu bezeichnen. Dabei scheiden wir, als ausser Streit stehend, die in Artikel 191 bestimmten Verpflichtungen auf Zustellung einer Abtretungsurkunde u. s. w. zu besonderer Betrachtung aus.

§ 9

Mit Absatz 2 Artikel 184 verträgliche Rechtswirkungen nach Innen

Verträglich mit der oben gedachten Bestimmung ist der einfache Grundgedanke: Zwischen den Cessionsparteien gilt mit dem Abtretungsakte (nach Massgabe seines Inhalts) die abgetretene Forderung als aus dem Rechte des Cedenten in das des Cessionars verpflanzt. Wenn so, dann gilt

1. unter ihnen bei Beerbung zwischen Cedent und Schuldner die Forderung nicht als erlöschend: dem Cessionar gegenüber war der Cedent zur Zeit jenes Erbfalls nicht mehr Gläubiger und der Cessionar hat in diesem Fall sogar den Vorteil, den Schuldner auch aus formloser Cession aus-

klagen zu können, denn dieser Schuldner ist eben als der Cedent ihm gegenüber nicht ein „Dritter“.[1])

2. Der Cedent ist dem Cessionar gegenüber gebunden, Zahlung des Schuldners an den Cessionar gelten zu lassen. Er darf ihr weder vorher widersprechen, noch darf er sie hinterher (in Gefährdung des Cessionars) rechtlich ignoriren.

3. Was von der Zahlung an den Cessionar gilt, das gilt auch von andern Rechtsakten des Cessionars über die abgetretene Forderung: dem Cessionar gegenüber ist der Cedent gehalten, jene Akte zu respektiren. Umgekehrt ist

4. der Cedent dem Cessionar gegenüber verpflichtet, sich jeder Verfügung über die abgetretene Forderung zu enthalten und die etwa seinerseits erhobene Erfüllungsleistung dem Cessionar als ihm zukommend abzuliefern.

Wegen Verletzung seiner Obliegenheiten haftet er auf Ersatz.

Auf die daneben tretende Verpflichtung aus Artikel 191 ist an dieser Stelle noch nicht einzutreten, wohl aber die nähere Ausführung und zugleich die Rechtfertigung der oben aufgestellten 4 Punkte zu erbringen.

Das schweizerische Obligationenrecht verlegt unzweifelhaft (vorbehaltlich des Schutzes gutgläubigen Schuldners) den Uebergang des Forderungsrechts schon in die s. g. „Abtretung“, es fasst also letztere als Uebertragungsakt. Soll dies das innere Verhältniss der Cessionsparteien auch bei formloser Abtretung bestimmen — und dass es dies müsse

---

[1]) S. zur Vergleichung L. 2 § 18 D. 18, 4: Der Gläubiger beerbt seinen Schuldner und verkauft die Erbschaft: der Käufer hat dem Verkäufer für die Schuld aufzukommen, trotzdem sie formell durch Confusion erloschen war. Und aus der französisch-rheinischen Praxis das Erkenntniss des O. L. G. Köln v. 4./11 1887 in der Zeitschr. für franz. Civilrecht XIX 272: eine zu einem Nachlass gehörige, von einem der Miterben verschuldete Kaufpreisforderung wird von allen Erben einem Dritten cedirt. Es wird entschieden, dass der Erbe, welcher Schuldner der Kaufpreisforderung ist, sich für den auf seinen Antheil fallenden Theil der Kaufpreisforderung nicht auf eine zu seinen Gunsten eingetretene Confusion berufen könne.

ist oben dargethan — so ist für den Cedenten im Verhältniss zum Cessionar die Forderung mit dem Augenblick der Abtretung nicht mehr seine, des Cedenten Forderung, sondern Forderung des „Erwerbers". Gerirt er sich diesem gegenüber noch als Gläubiger, so greift er in dessen Recht und hiergegen ruft der Cessionar mit vollem Rechte den Gerichtsschutz an: fraglich nur in welcher Richtung und mit welcher Klage? In Betracht kommen als denkbar zwei Klagfundamente. Das eine: Klage aus rechtlichem Haben der Forderung, das andre: Klage aus dem Cessionsgeschäft.

Von diesen beiden tritt an praktischer Bedeutung und zugleich an Sicherheit der Construktion das erstgedachte sehr entschieden hinter das zweitgedachte zurück. Ob der Cessionar aus gestörtem rechtlichem Haben der Forderung gegen den Cedenten auf Feststellung oder auf was sonst er klagen könne, lassen wir desshalb um so mehr ausser Ansatz, als diese Fragen in sehr allgemeine, heute noch nicht ausgetragene Streitfragen über heutige Klagsysteme führen. Was den Cessionar jedenfalls sicherer als alle Klagen aus abstractem rechtlichem Haben der Forderung zum Ziele führt, ist dem Cedenten gegenüber die Berufung auf das Cessionsgeschäft. Ich sage: das Cessionsgeschäft, nicht „die Abtretung". Denn letztere, im engeren Sinne genommen, ist nur Uebertragung und würde, so verstanden, uns als Klagfundament wieder zur Klage aus rechtlichem Haben der Forderung zurückführen. Das Cessionsgeschäft als Ganzes ist Gewährung und in diesem Sinn Quelle von Verbindlichkeiten auf Realisirung eben dieser Gewährung.

Was in obigen Punkten enthalten ist, fällt alles in den Kreis jener Gewährung. Der auf sie gerichtete Anspruch oder vielmehr der Complex der darauf je nach Umständen zu richtenden Ansprüche stützt sich auf ein die Berücksichtigung der Cessionscausa umfassendes Fundament. Daher von da aus Spielraum für etwaige hier nicht näher darzulegende Einreden gegen diesen wie gegen jeden obligatori-

schen Anspruch. Wir fragen: ist das eben entwickelte System irgend etwas anderes als die einfache Durchführung dessen was im Gesetze steht? lässt sich also mit Attenhofer und seinen Vorgängern behaupten, dass ein andrer Inhalt für die Wirksamkeit formloser Abtretung als bloss der Anspruch auf Ausstellung einer Abtretungsurkunde und was dergleichen mehr im Artikel 191 steht, durch Absatz 2 des Artikel 184 ausgeschlossen sei?

B. Rechtsverhältnisse nach Aussen.

§ 10

Die leitenden Grundsätze

Damit gegenüber Dritten der „Uebergang" wirksam sei, bedarf es schriftlicher Beurkundung. So Artikel 184 Absatz 2.

Die herrschende Auslegung macht daraus völlige rechtliche Bedeutungslosigkeit des Gesammtaktes nach Aussen vor jener Beurkundung. Zweierlei bleibt dabei unerwogen. Erstens die Bedeutung des „gegenüber." Zweitens der Umstand, dass das Gesetz nur von der Unwirksamkeit des Ueberganges spricht. Der Grund für das erste Uebersehen ist einfach genug. Die Ausleger kümmern sich im Wesentlichen nur um den deutschen Text. Stellen wir ihm den französischen zur Seite, so ergiebt sich, dass von den zwei dem „gegenüber" an sich denkbarer Weise zukommenden Bedeutungen: einerseits des „in Beziehung auf Dritte" und andererseits des „gegen Dritte" die letztgedachte Bedeutung im vorliegenden Falle die allein zutreffende ist.

„Le transport n'est opposable aux tiers" heisst nichts anderes als: er kann Dritten nicht entgegen gehalten werden. Es heisst nicht: er geht die Dritten überall nichts, auch nicht zu ihren Gunsten an. Die beiden andern Texte (der deutsche und der italienische) fordern von sich aus die für den französischen Text in Anspruch genommene

Bedeutung nicht, stehen ihr aber ebenso wenig entgegen[1]) und müssen daher in Uebereinstimmung mit der bestimmteren Fassung des französischen Gesetzestextes ausgelegt werden, welcher seinerseits in der klaren Bedeutung seines Ausdrucks nicht aus den Entwürfen heraus widerlegt werden kann.[2])

Wenn formlose Abtretung nicht gegen Dritte wirkt, wohl aber rechtliche Bedeutung auch für sie hat, wie ist diese letztere zu denken? Ich meine: als Ermächtigung zur rechtlichen Verhandlung mit dem Cessionar. Als mit dem Cessionar denkbarer Weise verhandelnde „Dritte" erscheinen: in erster Linie der Schuldner, in zweiter der Cessionar des Cessionars. Eine letzte denkbare Kategorie von „Dritten" wäre eine mit dem Cessionar nicht verhandelnde: ich meine dessen Gläubiger. Diesen lassen wir ausser Betracht und entwickeln im Folgenden (unter Vorbehalt der zweiten Kategorie) die Consequenzen unsrer Ansicht an dem Verhältniss des Schuldners zu den Cessionsparteien.

§ 11

Ermächtigung des Schuldners zu Verhandlungen mit dem Cessionar

Die herrschende Auslegung von Artikel 184 landet für den Schuldner wie für jeden Dritten bei der einfachen Negative: die formlose Abtretung geht ihn nichts an; ihm gegenüber ist der einzige richtige Gläubiger und Zahlungsempfänger

---

[1]) Das „gegenüber" im Sinne des „gegen" wird z. B. gerade in Beziehung auf die Cession gebraucht in den Entscheidungsgründen des Reichsoberhandelsgerichts I. Senat vom 14./6 1878 (Entsch. XXIV n. 30 S. 105).

[2]) Artikel 204 Abs. 2 des Entwurfs von 1879 sprach dem Schuldner nicht bloss die Pflicht, sondern auch das Recht ab, vor Erfüllung der Erfordernisse des Artikels 202 an den Cessionar zu zahlen. Dies ist jedoch im Gesetz gestrichen. Verzichten wir auf Schlüsse zu unsern Gunsten aus jener Streichung, so kann doch noch weniger davon die Rede sein, aus der gestrichenen Bestimmung gegen uns zu deduciren.

der Cedent. Unsere auf den französischen Text gestützte Anschauung führt zu anderem Ergebniss. Die formlose Abtretung wirkt nicht gegen den Schuldner; er kann nach wie vor wirksam an den Cedenten zahlen oder sonst mit ihm über die Schuld verhandeln; mit dem Cessionar braucht er sich nicht einzulassen, aber er ist dazu ermächtigt. Die Ermächtigung bedarf näherer Bestimmung und vor allem mannigfacher Unterscheidung rücksichtlich der dabei in Betracht kommenden Subjekte.

Die Ermächtigung stellt sich anders gegenüber dem Cedenten als gegenüber Dritten.

Die Ermächtigung ist zu denken theils als echte selbständige Ermächtigung, theils (eventuell) als Reflexwirkung aus Recht und Interesse des Cessionars.

1. Dem Cedenten gegenüber ist m. E. der Schuldner zur Zahlung an den Cessionar, überhaupt zu rechtlich wirksamer Verhandlung mit ihm unbedingt ermächtigt. Der Cedent ist nicht ein „Dritter", er ist selbst Cessionspartei. Er hat die Vollwirksamkeit des „Ueberganges" von sich aus anzuerkennen; die formlose Abtretung ermächtigt ihm gegenüber den Schuldner dementsprechend zu handeln. Widerruf von Seite des Cedenten für sich allein (also bei aufrechterhaltenem Bestand der formlosen Abtretung) hindert den Schuldner nicht. — Was von der Zahlung gilt, gilt auch von anderen Verfügungen über die Schuld, so namentlich von Erlass und Novation.

2. Anders und, wie nicht zu leugnen, schwieriger gestaltet sich die Ermächtigung des Schuldners in ihrer Wirksamkeit gegenüber anderen Dritten, so vor allem gegenüber den Gläubigern des Cedenten.

Die Ermächtigung des Schuldners zu rechtswirksamer Verhandlung mit dem Cessionar findet ihre Schranke an der Selbstberechtigung jener Dritten. Soweit die hierdurch bedingte Anwartschaft auf rechtlichen Schutz der Dritten reicht, darf sie nicht durch Verfügungen zwischen Schuldner und Cessionar vereitelt werden. Wie weit trägt dieser Gedanke? Das Gesetz giebt

uns darauf die Antwort. Dritte brauchen den Uebergang (der Forderung) nicht als solchen in seiner gegen sie sich kehrenden Wirksamkeit anzuerkennen. Blosse Ermächtigung ist und wirkt noch nicht als Uebergang. Wohl aber wirkt als solcher die unwiderrufliche Ermächtigung. Eine „Ermächtigung", welche von Seite des Ermächtigenden dem Ermächtigten gegenüber nicht rechtswirksam widerrufen werden kann, ist mehr als blosse Ermächtigung. Sie ist stets etwas von Rechtsübertragung. Daraus ergiebt sich: Die dem Cedenten selbst gegenüber von seinem Widerruf unberührte Ermächtigung des Schuldners ist jenen Dritten gegenüber eine nur widerrufliche Ermächtigung. Ihnen gegenüber wirkt auch der vom Cedenten selbst ausgegangene Widerruf ermächtigungszerstörend. Allein: rechtliche Macht übt jeder Widerruf nur über die noch nicht realisirte Ermächtigung. So denn auch in unserem Falle. Dem Gesagten entnehmen wir folgendes Gesammtbild.

Den Dritten gegenüber ist der Schuldner durch formlose Abtretung nur widerruflich zu Rechtshandlungen über die Schuld mit dem Cessionar ermächtigt. Erfolgt vor Realisirung dieser Ermächtigung Widerruf von Seite des Cedenten oder verliert der Cedent vorher seine jenen Dritten gegenüber wirkende Verfügungsmacht, so haben jene Dritten die Ermächtigung nicht als fortbestehend anzuerkennen. Ist dagegen vor Eintritt der oben bezeichneten Thatbestände bereits im Sinne der Ermächtigung gehandelt, so bleibt die Handlung auch den Dritten gegenüber zu Recht bestehen.

Die herrschende Auslegung von Artikel 184 verwirft die Einbeziehung von Ermächtigungen in die formlose Abtretung; sie verlangt dafür besondere, neben der (formlosen) Abtretung als Nebengeschäft einhergehende Ermächtigungen.[1]) Mir scheint dies eine recht ungesunde Künstelei; allerdings eine in der Consequenz der herrschenden Gesammtauslegung von Artikel 184 gelegene Verkünstelung.

[1]) S. Schneider und Fick Commentar zu Artikel 184.

Sie folgt lediglich aus der irrigen Bestimmung des inneren Verhältnisses zwischen Cedent und Cessionar. Erschöpft sich zwischen ihnen das innere Verhältniss in der Obligation auf künftige schriftliche Cessionserklärung, so bedarf es freilich zur Rechtswirksamkeit vorher erfolgender Zahlung von Seite des Schuldners an den Cessionar einer besonderen Zahlungsermächtigung von Seite des Cedenten. Anders bei Anerkennung der formlosen Abtretung als das, was sie zwischen den Parteien wirklich ist, eine Zuwendung der Forderung. Sie schliesst nothwendig Zahlungsempfangsermächtigung für den Cessionar von Seite des Cedenten in sich, und wenn so, dann auch Zahlungsleistungsermächtigung für den Schuldner: er ist ermächtigt, an den Cessionar zu zahlen, wenn und insoweit der letztere ermächtigt ist, die Zahlung zu empfangen. Einer besonderen Ermächtigungserklärung von Seite des Cedenten noch neben der formlosen Abtretung bedarf es nicht. Ich weiss sehr wohl, dass man gegen das hier Vorgetragene die wirkliche oder vermeintliche Gestaltung der Dinge in andern Rechten, so namentlich im römischen und im französischen Cessionsrecht in das Feld führen wird. Allein ganz abgesehen davon, dass die Vergleichung anderer Rechte nichts an dem vorliegenden aus sich selbst auszulegenden Gesetz zu ändern vermag, so liefern jene vorbezeichneten Rechte keine für das schweizerische Cessionsrecht gegen uns verwendbare Analogien.

Vorweg gilt dies von allen (wirklichen oder vermeintlichen) römischen Sätzen aus dem Gesichtspunkt und aus der Entwicklungsphase der Cession als mandatum actionis. Angenommen, dies mandatum sei auch bei dem procurator in rem suam nur auf actio abgestellt und Zahlungsempfangslegitimation erst durch Selbsterwerb des Anspruchs mittels Litis contestatio eingetreten; ferner zugegeben, dass der „Verkauf" von Forderungen ein besonderes mandatum actionis zum Zwecke der actio mandata nicht überflüssig machte, es also nicht selbst schon in sich schloss; zugegeben endlich, dass der römische Verkauf von Forder-

ungen in diesem Zusammenhang, also mit dem Abzielen auf actio mandata sich nicht von selbst, sondern erst durch weitere Akte realisirte, — so geht unsere Cession zweifellos nicht in Zusage von Aktionsmandaten auf; sie ist im Sinne des schweizerischen Obligationenrechts Forderungsübertragung und darin liegt, wie schon oben ausgeführt (von besonderen Vorbehalten abgesehen)[1]), die Erklärung: der Gegner sei ermächtigt, die Leistung einzuziehen. Dergleichen ist nicht von dem ganz verschiedenartigen Standpunkt der actio mandata aus zu widerlegen. Aehnliches gilt von etwaiger zu gleichem Zweck versuchter Heranziehung des französischen Rechtes. Es handelt sich um die einschlagenden Artikel 1689—1691 des Code civil. Nimmt man an, was der herrschenden Auslegung entspricht, dass zwischen den Parteien schon die Abtretung den Uebergang vermittelt, so ergiebt Artikel 1690 einen Gegensatz zwischen der Wirkung jener Abtretung nach Innen und nach Aussen. Denn nach Aussen (d. i. Dritten gegenüber) gilt der Cessionar als „saisirt" erst durch Signification an den Schuldner oder durch Annahme der Uebertragung durch den Schuldner. Bis zur Signification kann der Schuldner wirksam an den Cedenten zahlen (Artikel 1691).

Die Frage liegt nahe genug: ist nicht eben Absatz 2 des Artikels 184 aus dem französischen Recht übernommen? und wenn so: ist er nicht aus dem französischen Recht auszulegen? Finden wir doch im französischen Recht eben den Gegensatz vor, welchen der Absatz 2 des Artikels 184 in das Cessionsrecht hineingetragen hat: den Unterschied in der Wirkung der Cession nach Innen und nach Aussen, und gingen doch — wie die Botschaft angiebt — gerade die Commissionsmitglieder aus der französischen Schweiz gern auf den „zweckmässigen Mittelweg" ein. Ist der Code civil Quelle und eben damit auch Auslegungsquelle für Artikel 184, so könnte gegen unsere Ermächtigungstheorie, und namentlich dagegen, dass der Schuldner

[1]) So bei Forderungsverkauf Vorbehalt wegen Gegenleistung u. s. w.

dem Cessionar aus formloser Abtretung mit Wirksamkeit gegen den Cedenten zu zahlen ermächtigt sei, der Einwand erhoben werden, dass die französische Jurisprudenz vor der Signification wirksame Zahlung nur an den Cedenten leisten lasse. Allein der Einwand ist hinfällig. Zunächst, weil er m. E. trotz der dafür anzuführenden Autoritäten auf unrichtiger und obendrein durchaus nicht zu unbestrittener Herrschaft gelangter [1]) Auslegung beruht. Sodann — und dies in entschiedener Weise desshalb, weil das französische Cessionsrecht des Code civil und das schweizerische Cessionsrecht des Bundesgesetzes trotz ihrer scheinbaren Aehnlichkeit sich wesentlich von einander unterscheiden.

Das französische System — soweit man es ein in sich zusammenhängendes System nennen kann[2]) — beruht auf der Scheidung — nicht zwischen formloser und beurkundeter Abtretung, sondern zwischen dem Stadium vor und nach der solennen Mittheilung der geschehenen Abtretung an den Schuldner oder der solennen Annahme des Cessionars durch den Schuldner. Beides wird unter den Gesichtspunkt der saisine, der Entwehrung des Cedenten und der Bewehrung des Cessionars gebrach Das schweizerische Obligationenrecht operirt in der Cessionslehre mit solchem Gedanken, d. i. mit dem Gedanken der saisine gar nicht, und eben desshalb auch nicht mit den sie darstellenden Akten des Code civil. Nun aber begreift sich der (m. E. trotzdem unrichtige) Ausschluss der Zahlung an den Cessionar vor der Signification nur als Conse-

---

[1]) Laurent Principes de droit civil XXIV n. 490, Guillouard Vente II 781 u. A. geben sogar nur dem gutgläubigen Schuldner das Recht vor der signification an den Cedenten zu zahlen, also bejahen sie andernfalls die Pflicht, an den Cessionar und nur an ihn zu zahlen. Aus Badischer Praxis etwa zu erwähnen ein Erkenntniss des Kreis- und Hofgerichts Freiburg, welches auch nur von der Wirkung gegen Dritte spricht (Zeitsch. f. franz. Civilr. IX 555—556).

[2]) Unter den Händen mancher Schriftsteller und Gerichte wird es zum lebendigen innern Widerspruch.

quenz des Gedankens, dass der Cedent auch dem Schuldner gegenüber noch in der Wehre sei. Ganz anders das schweizerische Obligationenrecht. Der Cedent kann Zahlung annehmen nicht weil er in der Wehre ist, sondern weil der Schuldner sich um formlose Abtretung nicht zu kümmern braucht. Dass er Zahlung an den Cessionar verbieten könne, widerspricht seiner Stellung zum Cessionar. Auch hier also eine reine Reflexwirkung. Die Zahlung an den Cedenten besteht um des Schuldners, nicht um des Cedenten willen.

So sicher also der Absatz 2 ein Produkt der Vermittlung zwischen widerstreitenden Ansichten darstellt, so hat er nicht zwischen dem gemeinrechtlichen Princip der Formlosigkeit und dem französischen System der saisine durch solennen Akt vermittelt,[1]) sondern zwischen dem Postulat der formlosen und der schriftlichen Abtretung. Den Muth, die Schrift einfach zur Abtretungsform zu erheben, fand man nicht, im Gegenteil: es blieb in thesi bei der formlosen Abtretung, aber sie sollte sich nicht gegen[2]) Dritte kehren. Wie man also Artikel 1690 des Code civil auslege, eine Widerlegung unserer Auffassung des vorliegenden Artikels 184 lässt sich darauf nicht begründen.

Setzen wir indessen für einen Augenblick das unsrerseits vorgetragene System der in formloser Abtretung enthaltenen Ermächtigung:

der unwiderruflichen gegenüber dem Cedenten,
der widerruflichen gegenüber Dritten

---

[1]) Daher auch die nicht mit Unrecht in der Botschaft hervorgehobene „Eigenartigkeit" des schweizerischen Systems, welche E. Vogt in Ueberschätzung der Verwandtschaft mit dem französischen System bestreitet (Zur Einbürgerung u. s. w. S. 93).

[2]) Oder soll etwa die französische Fassung unseres Artikel 184: le transport n'est opposable aux tiers aus Artikel 1690 des Code civil: le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, erklärt, d. h. praktisch umgedeutet werden?

ganz bei Seite, so wäre der Schuldner immerhin wenigstens in gewissem Masse in seiner Zahlung an den Cessionar gedeckt, wenn nicht aus eigener Befugniss, so doch aus dem Recht und dem Interesse des letzteren gegen den Cedenten. Das aus formlosem Cessionsgeschäft dem Cessionar gegen den Cedenten erwachsende Recht beschränkt sich ausweislich der Darlegungen in § 9 nicht auf den Anspruch eine Abtretungsurkunde vom Cedenten zu erhalten, es umfasst dem Cedenten gegenüber, um es mit einem Wort zu sagen, den Gesammtgenuss der abgetretenen Forderung. Darin liegt die Anwartschaft auf Bezug der geschuldeten Leistung: der Cedent stört ihn darin, wenn er dem Schuldner gegenüber die an den Cessionar geleistete Zahlung nicht gelten lassen will. Jedenfalls stört er ihn dann und insoweit, als der Cessionar dem Schuldner gegenüber in die Lage oder auch nur in die Gefahr gebracht wird, dem Schuldner rücksichtlich der Doppelzahlung aufzukommen. Unbedenklich erwachsen dem Cessionar aus solcher Störung Ansprüche gegen den Cedenten und diese dem Schuldner abzutreten ist er nicht verhindert. Soll es nun wirklich solcher Abtretung bedürfen, um dem Schuldner Deckung gegen den Cedenten zu verschaffen? Ich meine: einfacher, gesunder und zugleich im Sinne des geltenden (mindestens des gemeinen) Rechtes ist die Deckung des Cessionars durch unmittelbare Einrede des Schuldners gegen das Verlangen nochmaliger Zahlung von Seite des Cedenten.

Im Vorstehenden ist von Ermächtigung des Cessionars zum Zahlungsempfang, von Ermächtigung des Schuldners zur Zahlungsleistung an den Cessionar geredet. Zur Zahlung auf wessen Forderung und auf wessen Rechnung? Ermächtigen — so scheint es — kann man regelmässig nur für eigene Rechnung und in Beziehung auf den eigenen Anspruch: der Cedent also nur in Beziehung auf ein eigenes Activum. Also widerlegt die „Ermächtigungstheorie“ für das Verhältniss des Cessionars nach Aussen die Uebergangstheorie für sein Verhältniss nach Innen? Während dieses

ihn (dem Cedenten gegenüber) als Gläubiger, die Forderung als ihm bereits erworben erscheinen lassen soll, lässt jene ihn nur als ermächtigt erscheinen, fremde Forderung, die (von ihm noch nicht erworbene) Forderung des Cedenten einzuziehen. Gewiss. Aber der Widerspruch ist nicht grösser als jede Unterscheidung der Wirksamkeit einer Thatsache nach Innen und nach Aussen. Auf alle Fälle ist er nur die etwas anders geartete Wiederholung einer sehr realen Erscheinung des römischen Cessions-Rechts, nämlich der dort neben einander auftretenden actio mandata und actio utilis des Cessionars: jene die Klage aus fremdem, diese die Klage aus eigenem Recht.

Und in der That: so einseitig und in dieser Einseitigkeit unrichtig Bähr's Auffassung des gemeinrechtlichen Verhältnisses zwischen Cessionar und Schuldner erscheinen müsste, wenn sie es wirklich in der abstracten Ermächtigung des Cessionars aufgehen liesse „statt des ursprünglichen Gläubigers sich den Gegenstand der Forderung im Zwangswege anzueignen“[1]); so zweifellos liegt m. E. in der Unterscheidung von Uebertragungswirkungen und von Ermächtigungswirkungen in der Cession ein durchaus gesunder Gedanke. Aus ihm allein erklärt sich im letzten Grunde der unermüdliche, wenn auch mit wechselvollem Ergebniss geführte Kampf der Praxis gegen die Beachtlichkeit der dem Cessionar und seiner Cessionsurkunde entgegengesetzten Einrede der Simulation. Die Praxis fasst die Befugniss zur Eintreibung als ein abstractum, ohne sich für das Verhältniss zum Schuldner allzusehr um die materielle causa und mit ihr um den materiellen Erwerb der Forderung nach Innen zu bekümmern. Die simulirte Cession und ihre Behandlung bildet gewissermassen das Gegenstück zu der „formlosen Abtretung“ des schweizerischen Obligationenrechts. Wirkt dort die simulirte Cession als Ermächtigung trotz mangelnden Zuwendungs-

[1]) S. Jhering's Jahrb. I 360—361. In dieser Schärfe denkt Bähr das Verhältniss anscheinend nur für das altrömische Recht.

willens,[1]) so wirkt hier der erklärte und vorhandene Zuwendungswille eine nur unvollkommene Ermächtigung; unvollkommen, insofern ihr die Zwangsmacht fehlt. Aber deshalb ist nicht die Ermächtigung überhaupt einfach zu streichen, sondern sie ist nur auf dasjenige zu beschränken, was ihr am Ermächtigungsrecht nach Abzug der Zwangsgewalt übrig bleibt, und dies ist die Legitimation zu friedlicher Rechtsverhandlung mit dem Schuldner in der oben näher bestimmten Weise.

§ 12

Die „Abtretungsurkunde" des Artikels 191 und ihr Verhältniss zur „schriftlichen Beurkundung" des Artikels 184

„Der Abtretende ist verpflichtet dem Erwerber eine Abtretungsurkunde auszustellen" u. s. w. So Artikel 191.

Diese Seite der innern Beziehungen zwischen Cedent und Cessionar liessen wir bisher absichtlich unerörtert. Der herrschenden Auslegung von Artikel 184 gilt sie als einzige Beziehung. Insofern diese Ansicht auf die angebliche Unauffindbarkeit anderer Rechte bei Ausschluss des wirksamen Ueberganges gegenüber Dritten gestützt werden will, ward sie durch die Erörterungen der §§ 8—11 zu widerlegen versucht. Allein der Artikel 191 möchte nach einer ganz andern Seite hin als Stütze der herrschenden Auslegung von Artikel

[1]) S. neuerdings die interessante Entscheidung des Reichsgerichts I. Civ. Senat vom 30./6 1889 in preussischer (landrechtlicher) Sache (Entsch. XXV n. 33 S. 207 ff.). Das Gericht führt aus, „dass ein Akt sehr wohl „simulirte" Cession und doch mit realem Ermächtigungswillen erfüllt sein könne." Wie vielgestaltig und in verschiedene Grundfragen einschlagend die Frage nach der Behandlung „simulirter" Cessionen ist, zeigt nach ganz anderer Richtung hin der eigenartige Fall bei Bolze die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen VIII n. 389. A stellt simulirte Cessionsurkunde auf B aus; B giebt sie zurück, später lässt er sich dadurch ernsthaft cediren, dass ihm die Urkunde gegen Valuta zurückgegeben wird. Regelsberger war in seiner verdienstlichen Abhandlung (Archiv für civil. Praxis B. 63 S. 170 ff.) ganz auf dem rechten Weg. Nur geht er nicht weit genug.

184 angerufen werden. Er spricht dem „Erwerber“ Anspruch auf eine „Abtretungsurkunde“ und in ihr anscheinend einen Anspruch auf (schriftliche) Abtretung zu: solcher Anspruch — so könnte man meinen — widerlege die schon vorher erfolgte Abtretung, denn wirklich abtreten könne man nur, was nicht schon vorher abgetreten sei. Allein was gegen solche Schlussfolgerung von vornherein misstrauisch machen sollte, ist die Entstehungsgeschichte des Artikels 191 in ihrem Verhältniss zu Absatz 2 des Artikels 184. Wie schon erwähnt reicht der Artikel 191 seinem wesentlichen Inhalt nach viel weiter, d. i. in weit frühere Entwürfe zurück als Absatz 2 des Artikels 184 des Gesetzes; in Entwürfe, welche die „formlose Abtretung“ auch nach Aussen mit Vollwirksamkeit versahen. Sie statuirten trotzdem den Anspruch des Cessionars auf Ausstellung einer „Urkunde über die Cession.“ Angesichts dieser Thatsache stehen wir vor einer dreifachen Alternative:

entweder: die „Urkunde über die Cession“ jener früheren Entwürfe war inhaltlich etwas anderes als die Abtretungsurkunde des Artikels 184: etwa eine berichtende Urkunde im Gegensatz der Dispositivurkunde des letztgedachten Artikels,

oder: jene früheren Entwürfe enthielten einen inneren Widerspruch, indem sie einerseits der formlosen Abtretung Vollwirksamkeit verliehen und andererseits aus eben dieser Abtretung Anspruch auf nachfolgende schriftliche Abtretung, also auf Abtretung des schon Abgetretenen zusprachen,

oder endlich: „Abtretungsurkunden“ (im Sinne abtretender Dispositivurkunden) vertragen sich mit bereits vorher erfolgter Abtretung.

Diese letztere Alternative angenommen verliert Artikel 191 jede Beweiskraft für das aus formloser Abtretung angeblich entspringende pactum de cedendo. Und in der That ist eben die letztgedachte Alternative die allein zutreffende. Sie muss es sein, wenn sie überall rechtlich möglich ist. Wer möchte wohl ohne die dringendste Noth in dem Unterschied der Fassung: „Urkunde über die Cession“

(so in den Entwürfen) und: „Abtretungsurkunde“ (so in Artikel 191 des Gesetzes) etwas anderes erblicken als eben nur einen Unterschied der Fassung? Andererseits fällt bei rechtlicher Möglichkeit reproducirender Cessionsurkunden jeder vermeintliche innere Widerspruch der Entwürfe in sich zusammen. Besteht jene Möglichkeit in Beziehung auf vollwirksame Erstcessionen, so muss sie a potiori für die Reproduktion nur halbwirksamer Erstcessionen bestehen, als welche sich unseren Ausführungen zufolge die formlose Abtretung nach Artikel 184 darstellt. Die Voraussetzung trifft zu. Reproducirende Cessionsurkunden bestehen, die Cession kann wiederholt werden, so gut obligatorische Verträge in Form sog. „Vertragsvollziehung“ wiederholt werden können. Das letztere habe ich s. Z. gegenüber landläufiger Anzweiflung[1]) ausgeführt und der echten Vertragsreproduktion die ihr vielfach abgesprochene logische Existenzberechtigung zu wahren gesucht.[2]) Wir stehen rücksichtlich der reproducirenden Cession vor einer ganz verwandten Frage, und mit beiden vor dem Ausschnitt eines allgemeineren, über die Rechtsgeschäfte hinaus in die Gesetze übergreifenden Problems: der Frage nach der Möglichkeit reproducirender rechtlicher Verfügung überhaupt.[3]) Weit verbreitete Anschauung verwirft sie als in sich logisch widersprechend: die „Vollziehungs“urkunde in Beziehung auf einen bereits vorher bindend geschlossenen Vertrag sei nicht selbst Vertragsschluss, sondern nur „Beweisurkunde“, weil sie das bereits vorher geschaffene Rechtsverhältniss nicht noch ein Mal zu schaffen,

[1]) Die unklare Verwandlung reproducirender Vollziehungsurkunden in Beweisurkunden findet sich auch in der franz. Rechtsliteratur. Man braucht nur Laurent darauf anzusehen, — aber s. z. B. auch Stouff in der nouvelle revue historique XI 256.

[2]) In meiner Abhandlung: die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion § 8 (Archiv f. civ. Praxis Bd. 71 (1887) S. 193 ff.).

[3]) Für das reproducirende Gesetz als echtes Gesetz s. meine in der vorigen Note angeführte Abhandlung S. 196—197. Ich freue mich der ohne Kenntniss jener Ausführung kurz darauf in gleichem Sinne erfolgten Darlegung von A. Hänel (Studien zum deutschen Staatsrecht II 274) [das Gesetz im formellen und materiellen Sinn S. 178] (1888).

sondern eben nur dessen „Beweis“ zu sichern vermöge. Das Eine so unhaltbar als das Andere. Die in Vertragsform erfolgende „Vollziehung“ beweist in Wahrheit nur den in ihr selbst sich darstellenden, nicht einen vorher geschlossenen Vertrag, und dass man zwei Mal de eadem re ein obligirendes Versprechen abgeben könne, folgt aus der rechtlichen Möglichkeit, der bestehenden Obligation noch eine andre im Objekt mit ihr zusammentreffende durch hinzutretende neue causa (hier den neuen Vertrag) zuzugesellen. Nicht ganz so einfach steht es um die Reproduktion veräussernder Verfügung. Man kann aus zwei neben einander stehenden Obligationsgründen zwei Mal auf dasselbe forderungsberechtigt sein oder zwei Mal auf dasselbe haften; kann man auch zwei Mal dasselbe haben, dasselbe weggeben oder dasselbe erwerben? Ja und Nein. Nein: in Beziehung auf den formellen Erwerbserfolg;[1]) Ja: in Beziehung auf den praktischen Sicherungserfolg der reproducirenden Verfügung. Dies auf die reproducirende Cessionsverfügung angewendet, ergiebt sich: A kann insoweit er die abgetretene Forderung schon hat und so lange er sie hat, sie nicht abermals erwerben. Aber mit nichten folgt daraus die praktische Werthlosigkeit abermaliger und vollends reproducirender schriftlicher Cession. Als rechtlich leer nach der Seite der Forderungsverschaffung könnte sie ja lediglich durch Berufung auf den rechtlichen Erfolg der Erstcession erwiesen werden, und auch dies nur insoweit als dieser trägt. Soweit er nicht trägt oder auch nur soweit er vom Gegner nicht anerkannt wird, wirkt diesem Gegner gegenüber die reproducirende Cession gleich einer Erstcession. Dies ihr Sicherungswerth selbst bei in thesi vollwirksamer Erstcession. Ihr noch gesteigerter praktischer Werth bei unvollkommen wirkender Erstcession bedarf nicht des Nachweises. Und so unterliegt es freilich keinem Zweifel: „die Abtretungsurkunde“ des Gesetzes, obwohl inhaltlich

[1]) Zu einseitig betont ihn neuerdings Czyhlarz in Glück (Serie Buch 41 u. 42) I 495 n. 78.

nicht verschieden von der „Urkunde über die Cession“ der Entwürfe, ist für den Cessionar viel werthvoller geworden als sie es bei Aufrechthaltung vollwirksamer formloser Cession geblieben wäre. Reproducirende Abtretungsurkunden erweisen sich demnach als durchaus daseinsberechtigt. Dass Artikel 191 solche reproducirende und mithin eine disponirende Urkunde meinen, setzten wir bisher stillschweigend voraus. Die herrschende Lehre verwirft ihren Reproduktionscharakter und fasst sie als Erstcession, womit von selbst a potiori die Anerkennung ihrer Dispositivnatur gegeben ist.

In der That bedingt und stützt nach der herrschenden Lehre Beides einander gegenseitig: der gesetzliche Anspruch des Cessionars auf „Abtretungsurkunde“ die Eigenschaft der formlosen Abtretung als eines pactum de cedendo, und umgekehrt das (vermeintliche) pactum de cedendo die Dispositivnatur der „Abtretungsurkunde“ als einer das pactum de cedendo erfüllenden schriftlichen Erstcession. Für uns jedoch, die wir einerseits das pactum de cedendo verwerfen, andererseits reproducirende Cessionen anerkennen, gestaltet sich zur Frage, was für die herrschende Auffassung der formlosen Abtretung keine Frage sein konnte: ist die „Abtretungsurkunde“, wie sie logisch Cession wiederholende Dispositivurkunde sein kann, im Sinne des Gesetzes wirklich und ausschliesslich als Dispositivurkunde und also als reproducirende Cession gedacht?

Das Gesetz bejaht diese Frage. Zunächst schon durch die Fassung der Artikel 184 und 191, beide in ihrem Zusammenhang und in der Vollständigkeit ihrer Gesetzestexte erwogen. Am entschiedensten spricht die italienische Fassung des Artikel 184:

„perchè la trasmissione sia efficace in confronto dei terzi, deve essere fatta per iscritto.“

Das lässt sich bloss von schriftlichem Cessionsakt, also von dispositiver Urkunde verstehen. Es entscheidet zugleich über den Sinn der „Abtretungsurkunde“ in Artikel 191. Soll

nämlich nur die schriftliche Cession wirksamen Uebergang gegen Dritte hervorrufen, so kann die Verpflichtung des Cedenten auf keine andere Urkunde, als eben auf schriftliche Cessionserklärung hinausgehen. Die bloss berichtende Urkunde bliebe für den Cessionar praktisch von zu geringem Werth.

Auch lässt sich sehr wohl verstehen, wesshalb das Gesetz disponirende, (also von unserem Standpunkt aus reproducirende) Cessionsbeurkundung erfordert. Massgebend — so vermuthen wir — wirkte in erster Linie die Rücksicht auf den Beweis. Die Vorschriften über „schriftliche Beurkundung" des Artikels 184, wie die über „Abtretungsurkunde" des Artikels 191 begegnen, wenn auch in verschiedener Richtung, demselben Uebelstand: nämlich der Schwierigkeit sicherer Constatirung der Cession, wie sie der unbeurkundeten Cession anhaftet. Der hiedurch bedingten Gefährdung Dritter begegnet Artikel 184, der Gefährdung des Cessionars Artikel 191. Wirksam begegnen konnten sie ihr nur durch Vorschrift einer beweiskräftigen Urkunde, und volle Beweiskraft spricht das in einer Reihe von Kantonen aufgenommene französische System nur der Dispositivurkunde zu.[1]) Damit war für das Gesetz nothwendig zu ihren Gunsten entschieden. Unmöglich konnte das Gesetz die bloss berichtende (oder wenn man will Geständniss-) Urkunde da genügen lassen, wo sie nicht voll beweist, und ebenso wenig konnte es durch eine Art von Blankettvorschrift es von dem Processrecht der einzelnen Kantone abhängig machen, welche Art von Urkunden für die Wirksamkeit des „Ueberganges" genüge. Zudem erschöpft sich der Vorzug der Dispositivurkunde nicht in

[1]) S. E. Schurter Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprocessgesetzgebung (1890) § 20 S. 193 ff. Dies und die italienische Fassung von Artikel 184 ist im Auge zu behalten, um nicht durch die italienische Fassung von Artikel 191 an der Dispositivnatur der erforderten Abtretungsurkunde irre zu werden. Die italienische Fassung verlangt nur „un documento comprovante la cessione"; aber natürlich setzt auch sie allgemein anerkannte Beweiskraft voraus.

ihrer für alle Kantone zutreffenden Beweiskraft. Unabhängig von jener Beweiskraft, oder vielmehr diese Beweiskraft selbst in ihrem Gegenstand richtig erwogen, zeigt sich ein aus der Funktion der Dispositivurkunde folgender materiellrechtlicher Vorzug. Die reproducirende Dispositivurkunde (und um eine solche handelt es sich im vorliegenden Fall) beweist nicht, wie die herrschende Lehre es annimmt, das reproducirte, sondern das reproducirende Geschäft, denn sie kann wie jede Dispositivurkunde als solche nur den in ihr selbst sich verkörpernden Dispositivakt darthun. Und dieser, nicht der reproducirte Akt, bildet denn auch im Process das materiellrechtliche Fundament des auf die Urkunde gestützten Anspruchs. Darin eben liegt der rechtliche Vorzug der Dispositivurkunde vor der bloss berichtenden; die letztere selbst als voll beweiskräftig gedacht, beweist nur; sie liefert kein selbständiges Fundament. Der aus ihr abzuleitende Beweis kann durch Gegenbeweis entkräftet werden; d. h. durch den Nachweis eines Widerspruchs zwischen ihrer Aussage und dem wirklichen Vorgang. Nicht so die Dispositivkraft der disponirenden (auch der reproducirend disponirenden) Urkunde. Sie bleibt auch bei nachgewiesenem Widerspruch zwischen dem vollziehenden und dem vollzogenen, d. h. dem reproducirenden und dem reproducirten Geschäft, bestehen. Denn der reproducirende Dispositivakt ist nicht aus andern Gründen anfechtbar als es Erstdispositivakte sind. Die blosse Abweichung des Vollziehungsaktes von dem Erstgeschäft ist durch sich selbst nicht ohne Weiteres ein Widerspruch zwischen „Wille und Erklärung“ oder sonst ein aus allgemeinen Gründen zu berücksichtigender Mangel des Geschäftes.

Schliesslich noch eine Frage über das Objekt der Reproduktion in der „Abtretungsurkunde“, m. a. W.: über den Sinn der mittels ihrer zu reproducirenden „Abtretung“. Hat der Cessionar Anspruch auf schriftliche Reproduktion des ganzen Cessionsgeschäftes oder nur auf Reproduktion der Uebertragungserklärung, also der „Abtretung“ engsten Sinnes? Man könnte auf den Gedanken kommen,

hier zwischen Artikel 184 und Artikel 191 zu unterscheiden. Dass Dritten gegenüber auch die bloss abstracte Abtretungsurkunde wirke, steht fest; weniger fest scheint mir zu stehen, dass der Cessionar sich mit jenem Abstractum zu begnügen habe, denn in der Beurkundung auch der causa liegt zwar unter Umständen eine Gefahr, sofern etwa die causa in sich selbst Mängel zeigt, aber sie bildet andererseits das Fundament für die innere Haltbarkeit des Gesammtgeschäftes. Indessen hängt der Anspruch des Cessionars auf jene Urkunde so offensichtlich mit seiner Sicherung nach Aussen, d. h. mit der zu sichernden Durchführbarkeit seines Gläubigerrechtes gegen Dritte zusammen, dass eine Steigerung seines Beurkundungsanspruchs über das hierdurch geforderte Mass verwerflich erscheint. Und so wäre er denn absolut mit jener abstracten Urkunde abzufinden, gewährte nicht unter Umständen die Aufnahme der Cessionscausa in die „Abtretungsurkunde" Vorteile auch nach Aussen. Sie erschwert nämlich die grade von der causa her etwa zu versuchenden Beanstandungen des Forderungsübergangs von Seite Dritter, so z. B. wegen angeblich unterliegender, ungiltiger Schenkung. Desshalb möchten wir dem Cessionar das Recht auf vollständige Reproduktion des Cessionsgeschäftes nicht endgiltig absprechen. Kann er umgekehrt die vollständige Reproduktion ablehnen und eine abstracte Cessionserklärung als vom Cedenten zu gewährende „Abtretungsurkunde" fordern? Dies wird zu verneinen sein.

§ 13

Cession der Ansprüche aus formloser Abtretung

Es bleibt noch ein mehr im Interesse theoretischer Durchführung des Systems als im praktischen Interesse zu besprechender Punkt: ich meine die Frage nach der Cedirbarkeit der aus „formloser Abtretung" erwachsenen Ansprüche des Cessionars. In der Consequenz unsrer Grundanschauung über das Wesen jener formlosen Abtretung liegt eine bejahende Antwort; nur kommt alles darauf an,

die Sache folgerichtig durchzuführen. Die in Rede stehende Cession kann nämlich ihrerseits als „formlose“ oder als „beurkundete“ erfolgen. Im erstern Fall greifen die für formlose Abtretung und ihre Wirkung geltenden Regeln natürlich auch für diesen Fall formloser Abtretung ein. Also braucht weder der Schuldner in der erstcedirten Forderung, noch brauchen die Gläubiger des Erstcessionars, noch der Erstcedent oder dessen Gläubiger die formlose zweite Cession gegen sich gelten zu lassen, während der Erstcessionar als Zweitcedent seinem Cessionar gegenüber rechtlich nicht anders steht als ihm, dem Erstcessionar gegenüber der eigene (Erst-) Cedent. Das eben Vorgetragene bedarf nicht weit ausholender Begründung. Was ihrer bedürfen würde das wäre die grundsätzlich entgegengesetzte Ansicht, nämlich die Behauptung streng persönlicher Natur der aus formloser Abtretung entspringenden Rechte. Legt man diese Rechte auseinander, so ergeben sich drei Kategorien:

1. Recht des Cessionars gegen den Cedenten auf Behandlung der abgetretenen Forderung als zum Vermögen des Cessionars gehöriges Aktivum.

2. Recht des Cessionars gegen den Cedenten auf schriftliche Vollziehung, d. h. auf schriftliche Reproduktion der Abtretung.

3. Vollmacht nach Aussen zu Verhandlungen über die abgetretene Forderung, d. h. nach Aussen nur (widerruflicher) Vollmacht gleich wirkende Legitimation.

Was ist an diesen Rechten und Befugnissen „streng persönlich“?

Die Rechte der ersten Kategorie sind eben so wenig streng persönliche Rechte als etwa der Anspruch aus Mandat oder aus Societät gegen den Gegencontrahenten auf entsprechende Auslieferung oder Vergemeinschaftung des in Mandats- oder in Societätsangelegenheiten gemachten Erwerbes.

Der Anspruch zweiter Kategorie entspringt aus einem pactum de cedendo; nämlich aus der in die formlose Ab-

tretung hineingelegten Zusage auf schriftliche reproducirende Cessionserklärung; hier also kämen wir in der That zu uncedirbarem Anspruch, wenn es wahr wäre, was Attenhofer behauptet, dass ein pactum de cedendo streng persönliche Rechte erzeuge. Allein der einzige von ihm dafür beigebrachte Grund, nämlich die Einbeziehung in das pactum de contrahendo, ist bereits widerlegt und ein andrer nicht zu finden, ganz abgesehen davon, ob denn wirklich pacta de contrahendo immer nur streng persönliche Ansprüche hervorbringen.

Eigenartig steht es um die dritte Kategorie. Vollmachten tragen die natürliche und ursprüngliche Anlage in sich, streng persönlich, daher unvererblich und a potiori unübertragbar[1]) zu sein. Process- und Handelsvollmacht lassen diese Unvererblichkeit auf der uns hier interessirenden Seite bestehen, sie gehen nicht auf die Erben des Bevollmächtigten über, sie machen nur die Bevollmächtigung auf Seite des Vollmachtgebers zu einer vererblichen. Allein in unserem Fall steht ja das, was wir Vollmacht nach Aussen nennen, in funktioneller Beziehung zu einer über die blosse Vertretung hinaus reichenden Beziehung des Cessionars zum Cedenten nach Innen. Dem Cedenten und seinen Erben gegenüber hat er auf den Nichtwiderruf ein Recht, d. h. ihnen gegenüber ist er eben etwas Anderes als ein „Bevollmächtigter." So zweifellos daher der Begriff der „Vollmacht" formell ein Verhältniss nicht nach Innen, sondern nach Aussen ausdrückt, so wenig unlogisch erscheint es in unserem Fall, die vom Cedenten ausgehende Ermächtigung als auf den Cessionar seines Cessionars sich übertragend oder erstreckend zu behandeln. Es ist nichts anderes als nach Aussen gerichtete Reflexwirkung des zwischen den Parteien (Cedent und Cessionar) bestehenden Rechtsver-

[1]) Davon macht die „Substitutionsvollmacht" keine Ausnahme. Denn soweit sie echte Substitutionsvollmacht ist, erscheint der Substitutionsbevollmächtigte selbst nur als Bevollmächtigter des Hauptbevollmächtigten, ohne dass der letztere seine Eigenschaft als Bevollmächtigter von sich weg auf ihn übertrüge, also selbst aufhörte Bevollmächtigter zu sein.

hältnisses. Im Einzelnen aber ist zwischen beurkundeter und nicht beurkundeter Zweitcession zu unterscheiden. Die beurkundete Weiterabtretung formlos abgetretener Forderung resp. der aus der Erstcession dem Cessionar gegenüber dem Erstcedenten erwachsenen Ansprüche wirkt gegen den Erstcedenten, er hat dem Zweitcessionar gegenüber den Uebergang anzuerkennen, möge er nun wollen oder nicht. Anders bei nicht beurkundeter Weitercession und resp. nicht beurkundeter Cession der gegen den Cedenten aus der formlosen Erstabtretung dem Cessionar erwachsenen Rechte.[1]) Solchen nicht beurkundeten Cessionen steht der Erstcedent als Dritter gegenüber, er braucht sich also nicht um sie zu kümmern, ebensowenig als der debitor cessus sich um nicht beurkundete Erst- oder Zweitcessionen zu kümmern braucht. Aber auch hier ist der Cedent in der fraglichen Abtretung (hier also der cedirende Erstcessionar) seinerseits nicht in der Lage, seinen eigenen Akt den Dritten gegenüber wirksam zu verleugnen, und so auch nicht in der Lage, seine durch die formlose Abtretung gegebene Ermächtigung ihnen gegenüber zu negiren, möge sie nun in beurkundeter oder in nicht beurkundeter Cession eingeschlossen sein.

§ 14

Schlussbetrachtung

Die vorstehende Untersuchung ging ursprünglich von einer einzelnen Frage aus: von dem durch Attenhofers anregende Abhandlung mir nahe gebrachten Verhältniss des pactum de cedendo zum Vorvertrag. Die Untersuchung konnte hierbei nicht stehen bleiben. Von der ursprünglichen Frage wurde sie auf die formlose Abtretung überhaupt geleitet, von

---

[1]) Diese beiden Elemente sind wohl von einander zu unterscheiden — nicht bloss im Begriff sondern auch in dem thatsächlichen Eintreten. Weitercession der „abgetretenen" Forderung und Cession der aus dem Cessionsgeschäft dem Cessionar gegen den Cedenten erwachsenen Ansprüche sind nicht bloss begrifflich verschiedene Dinge; sie brauchen nicht nothwendig im einzelnen Fall zusammenzutreffen.

der Negation gegen die vorhandene Theorie der formlosen Abtretung zu dem Versuche gedrängt, ihr eine andere gegenüber zu stellen. Und in der That, wer das herrschende System zu stürzen unternimmt, ist verpflichtet, es durch ein anderes zu ersetzen. Ich habe dies versucht. Der Schwierigkeit nicht minder als der übrig bleibenden Zweifel bleibe ich mir wohl bewusst. Ein durch seine Einfachheit bestechendes, mit seltener Einstimmigkeit im Lande angenommenes System soll verdrängt werden durch ein bei Weitem complicirteres System: so complicirt, dass es einer übersichtlichen Zusammenfassung seiner Hauptsätze bedürfen wird, um es als Ganzes überschauen zu können. Indessen, complicirt oder nicht: es will wenigstens nichts anders sein, als das im Gesetz enthaltene System. Es weiss sich oder glaubt sich in Einklang zu wissen mit der Entstehungsgeschichte und — was schliesslich für die praktische Aufnahme das Entscheidende bleiben wird, es hält meines Dafürhaltens auch die Probe auf praktische Brauchbarkeit aus.

Zusammenfassend dränge ich meine Aufstellungen in nachstehende Uebersicht zusammen:

1. Die Abtretung ist auch ohne besondere Form gültig, d. h. sie wirkt als Abtretung, soweit das Gesetz diese Wirkung nicht modificirt.

2. Solche Modifikation ist nur nach Aussen, d. h. Dritten gegenüber erfolgt, nicht für das innere Verhältniss zwischen den Parteien und ihren Universalsuccessoren (welche letztere nicht „Dritte“ sind).

Zwischen den Parteien ist somit die Forderung als zum Vermögen des Cessionars gehörig zu behandeln. Der Cedent hat dem Cessionar ihren Genuss zu gewähren, und dazu gehört vor Allem, dass er Zahlung an den Cessionar geschehen lässt, aber auch, dass er von sich aus anderweite Verfügungen des Cessionars über die Forderung anerkennt. Ausserdem — aber keineswegs ausschliesslich — hat der Cessionar Anspruch auf Zustellung einer Abtretungsurkunde, überhaupt auf Erfüllung der in Artikel 191 bezeichneten Verpflichtungen. Die Gesammtheit der Verpflichtungen des Cedenten gegen-

über dem Cessionar geht somit nicht in Verpflichtungen aus einem pactum de cedendo auf, wohl aber schliesst sie die Verpflichtung auf eine reproducirende Cession in sich und schliesst somit in dieser Richtung die formlose Abtretung ein pactum de cedendo ein.

3. Nach Aussen wirkt bei unbeurkundeter Cession der Uebergang nicht gegen Dritte, d. h. sie kann nicht gegen sie geltend gemacht werden. Zu den Dritten gehört auch der Schuldner. Er braucht sich mit dem Cessionar nicht einzulassen.

Aber die unbeurkundete Cession ist nicht völlig nach Aussen bedeutungslos. Sie schliesst Ermächtigungen für die Dritten, so namentlich für den Schuldner zu rechtlichen Verhandlungen mit dem Cessionar in sich.

Diese Ermächtigung findet ihre Grenze in dem rechtlich geschützten Interesse anderer Dritter, so namentlich in dem der Gläubiger des Cedenten. Ihnen gegenüber wirkt die Ermächtigung nur nach Art einer widerruflichen Ermächtigung.

Hat also der Cedent vor der Realisirung der Ermächtigung sie zurückgezogen oder seine Verfügungsberechtigung jenen Dritten gegenüber verloren, so brauchen jene Dritten eine nachher erfolgte Verfügung, namentlich eine nachher erfolgte Zahlung an den Cessionar nicht anzuerkennen.

Anders der Cedent selbst und seine Universalnachfolger. Sie sind im Cessionsgeschäft nicht „Dritte". Ihnen „gegenüber" wirkt also die Abtretung als „Uebergang", womit sich ihnen gegenüber die Bedeutungslosigkeit ihres Widerrufes rechtfertigt.

Allermindestens und eventuell muss jedenfalls die vom Schuldner an den Cessionar geleistete Zahlung auch dem Schuldner gegenüber insoweit vom Cedenten anerkannt werden, als dies das Schutzbedürfniss des Cessionars erheischt, also insofern die nochmalige Zahlung des Schuldners an den Cedenten Regressansprüche des Schuldners gegen den Cessionar hervorrufen würde.

Die vorstehend entwickelten Sätze — und nur sie — stehen m. E. im Einklang mit der Fassung des Gesetzes, namentlich wenn man, wie geboten, nicht bloss die deutsche Fassung, sondern auch die französische und die italienische Fassung des dreisprachigen Gesetzes berücksichtigt.

Sie stehen auch im Einklang mit seiner Entstehungsgeschichte. Die letztere zeigt, was die gegenseitige Beziehung zwischen Artikel 184 und Artikel 191 betrifft, dass der letztere nicht im Hinblick auf Absatz 2 des Artikels 184 entstanden, vielmehr älter ist als jener, und somit nicht die ursprüngliche Funktion gehabt haben kann, für die (durch Artikel 184 Absatz 2 geschmälerte) Wirkung der formlosen Abtretung den alleinigen Inhalt zu liefern.

Auch das Verhältniss des Artikels 184 zum französischen Recht enthält keine Bestätigung der herrschenden, und keine Widerlegung der diesseits vertretenen Theorie über die Wirksamkeit formloser Abtretung. Zwar ist die Reaktion gegen die in den älteren Entwürfen anerkannte Vollwirksamkeit formloser Abtretung nicht ohne Einfluss der in Kantonen französischen Cessionsrechts herrschenden Anschauungen erfolgt und klingt die Scheidung der Wirksamkeit nach Innen und nach Aussen an französisch-rechtliche Bestimmungen an.

Allein dies spricht, rücksichtlich des innern Verhältnisses der Parteien, vielmehr für[1]) als gegen die diesseits vertretene Auslegung von Artikel 184, denn der Code civil denkt nicht daran die Abtretung vor ihrer Wirksamkeit nach Aussen (d. h. vor der signification oder der Annahme durch den Schuldner) als pactum de cedendo zu behandeln (letzteres eine für das französische System überhaupt ziemlich problematische Rechtsfigur!). Eher könnte man daran denken rücksichtlich der Wirksamkeit der Cession nach Aussen

[1]) S. denn auch in diesem Sinne z. B. Troplong Vente II n. 899. Er spricht vor der signification dem Schuldner das Recht ab Zahlung an den Cedenten zu weigern (ebenda n. 785); aber der Cedent macht sich durch Zahlungsannahme dem Cessionar verantwortlich (n. 899).

(vor Eintritt ihrer Vollwirksamkeit) die Analogie des französischen Rechtes gegen die diesseits vertretene Ermächtigungstheorie anzurufen. Vertreter der französischen Jurisprudenz sprechen nämlich für das bezeichnete Stadium der Cession dem Schuldner nicht bloss die Pflicht, sondern auch das Recht ab, an den Cessionar zu zahlen. Allein diese (übrigens auch unter den französischen Juristen nicht unbestrittene)[1]) Ansicht beruht theils auf der inneren Unklarheit der gerade in der Cessionslehre zwischen Bejahung und Verneinung des Traditionserfordernisses für die Veräusserung schwankenden Theorie, theils in der Voreiligkeit, mit welcher ganz offensichtlich eine Reihe französischer Juristen von der Nicht-Pflicht des Schuldners zur Zahlung an den Cessionar ohne Weiteres auf seine Nicht-Befugniss als etwas ganz Selbstverständliches zurückschliesst.[2])

Für das schweizerische Obligationenrecht fällt jedes

---

[1]) S. oben S. 30 n. 1. Dass der Schuldner im Verhältniss zum Cessionar nicht zu den Dritten gehöre, sprach vor wenigen Jahren (für eine andere Frage) ein Erkenntniss des Cassationshofes von Neapel zu 1540 des Cod. civ. ital. = Art. 1690 des Code civil aus (Zeitsch. für franz. Civilr. XIV 313), freilich in schärfstem Gegensatz zu einer Entsch. des Reichsgerichts II. Senat v. 13./3 1883 (ebenda S. 595—596). Der debitor cessus den Dritten gegenübergestellt im Erk. des O. A. G. Lübeck v. 7./5 1883 (Sammlung der Entscheidungen dieses Gerichts in Hamburger Rechtssachen II 735).

[2]) Ein Beispiel innerlich unklarer Auffassung der schuldnerischen Stellung gegenüber dem Cessionar liefert das Erkenntniss des Preuss. Obertribunals v. 13./6 1872 (Zeitsch. für franz. Civilr. VI 164): hier begründet der Gerichtshof aus der faktischen Unmöglichkeit, vor der Benachrichtigung an den neuen Gläubiger zu zahlen, das Recht des Schuldners den ursprünglichen Gläubiger als den allein berechtigten anzuerkennen. Aus diesem Recht wird dann im weitern Verlauf der Entscheidungsgründe etwas ganz anderes: für den abgetretenen Schuldner ist vor der signification in der Person des Gläubigers gar keine Aenderung eingetreten. Ebenso in der Literatur des französ. Rechtes. Erörterungen, welche ihrem logischen Zusammenhang nach unmittelbar dahin führen, den Schuldner nur für ermächtigt zu halten, dem Cedenten zu zahlen, verwandeln sich unversehens in den Satz, dass er (vor der signification) nur an den Cedenten zahlen darf; s. z. B. Troplong Vente II n. 882 ff. vgl. mit n. 885.

Argumentiren aus der dem Cedenten nach der Abtretung noch verbliebenen saisine weg, und was die Fassung des Code nahe legt oder doch jedenfalls gestattet: das „gegenüber" Dritten auf jede Wirksamkeit in Beziehung auf Dritte zu beziehen, das schliesst der französische Text des Artikels 184 im schweizerischen Gesetzbuch aus. Er entscheidet für den blossen Ausschluss der Wirkung gegen Dritte. Dieser Fassung des Gesetzes die Ehre zu geben haben wir um so mehr Veranlassung, als sie allein sich mit dem gesetzgeberischen Motiv des ganzen Absatz 2 und seiner Bestimmungen deckt. Wenn ein die Gültigkeit formloser Abtretung in thesi bejahendes Gesetz gleichwohl die Wirkungen derselben in Beziehung auf Dritte negirt, so verfolgt es lediglich den Zweck der Sicherung eben dieser Dritten. Dieser Zweck führt logisch nicht weiter als dazu, die Wirkung gegen Dritte auszuschliessen, aber er führt nicht dazu, dem Cedenten das Recht zu geben, seinen Abtretungsakt von sich aus jenen Dritten gegenüber zu verleugnen.[1]) Am wenigsten führt er dazu, dem Cedenten indirekt zu ermöglichen, was ihm direkt nicht zusteht: nämlich seine Gegenpartei, den Cessionar, dadurch um den Genuss der Forderung zu bringen oder ihm denselben zu erschweren, dass er, der Cedent, dem Schuldner gegenüber dessen an den Cessionar geleistete Zahlung anficht und dadurch wieder den Cessionar dem Ersatzanspruch des Schuldners aussetzt.

[1]) Man wird unbedenklich dem (in der Zeitschr. f. franz. Civilrecht XIV 646 mitgetheilten) Erkenntniss des Reichsgerichts II. C. S. v. 20./3 1883 darin beizutreten haben, dass eine vom Gesetz wirklich getroffene Formvorschrift nicht desshalb in eine blosse Beweisvorschrift umgewandelt werden dürfe, weil sie im Sicherungsinteresse gewollt, also durch ein Sicherungsmotiv hervorgerufen sei. (So in Anwendung auf Art. 1690 des Code civ.) Aber für den Code wie für unsern Artikel 184 handelt es sich nicht um eine Frage des Motives, sondern darum, was im Gesetze steht, und wenn nun die Fassung (wie in unserm Fall die französische Fassung des Artikels) einen mit jenem Motiv ganz adäquaten Inhalt zeigt, so wird dieser Umstand ein verstärkendes Anzeichen für die Richtigkeit der hiermit übereinstimmenden Auslegung sein.

Nun endlich die letzte entscheidende Frage, die Probe auf das Ganze: kann die Praxis bei der diesseits gelehrten Theorie bestehen? besteht sie besser bei der diesseitigen oder bei der herrschenden Theorie? Die erste Frage, die nach der praktischen Erträglichkeit unseres Systems, glaube ich mit guter Zuversicht bejahen zu können. Was vom praktischen Gesichtspunkt aus Anstoss erregen könnte, die Ermächtigungstheorie, das ist nur die Uebertragung einer für die gemeinrechtliche wie für die schweizerische Cession ohne dies geltenden Erscheinung auf andere Fälle und in anderer Richtung und Gestalt: ich meine die Scheidung zwischen Pflicht und rechtlicher Möglichkeit der Zahlung. Die beurkundete Cession wirkt nach Aussen, sie macht auch Dritten gegenüber den Cessionar sofort zum Gläubiger, dennoch befreit sich der gutgläubige Schuldner durch Zahlung an den Cedenten. Das Element der Unsicherheit, welches hierdurch in das Verhältniss der Cessionsparteien zum Schuldner kommt, steigert sich nicht sonderlich dadurch, dass wir bei formloser Abtretung dem Schuldner nicht die Pflicht, aber die Befugniss zusprechen, an den Cessionar zu zahlen.

Der Schwerpunkt der praktischen Frage liegt in dem Werthverhältniss zwischen der diesseitigen und der herrschenden Theorie: in dem Verhältniss ihrer Praktikabilität. Und hier tritt denn sofort als zuversichtlicher Siegesbürge der herrschenden Lehre ihre eminente Einfachheit und logische Sauberkeit gegenüber dem verwickelten Mechanismus und der hybriden Gestalt unserer Theorie in den Vordergrund.

Vor der Beurkundung nichts als Verpflichtung auf schriftliche Cession. Mit der Beurkundung vollwirksame Abtretung. Es kann nichts Einfacheres und zugleich nichts logisch Ansprechenderes geben: Versprechen auf Abtretung und vollzogene Abtretung in reinlichstem Gegensatz gesondert. Für Dritte ist nur die Abtretung, nicht das Versprechen künftiger Abtretung in der Welt. Umgekehrt: die vollzogene Abtretung nach Aussen hin vollkräftig. Dem entgegen giebt die halbwirksame Abtretung,

das Zwitterbild des Uebergangs nach Innen, des Nicht-Uebergangs oder doch des nicht wirkenden Uebergangs nach Aussen, ein anscheinend recht getrübtes Bild und ein schwer beherrschbares System. Indessen so einfach das System der formlosen Abtretung nach herrschender Lehre in sich selbst erscheint, so wenig stellt es praktisch die gesuchte Einfachheit der Verhältnisse mit entsprechender Sicherheit her. Denn so sorgfältig jene Lehre der in der formlosen Abtretung enthaltenen Ermächtigung aus dem Wege geht, so unbedenklich lässt sie dieselbe als daneben einhergehende Ermächtigung zu. Dieselbe ist an keine Form gebunden, sie besteht auch in der Form concludenter Handlung; sofort kehrt in dieser Gestalt derselbe Streit praktisch wieder, den das System formell von sich aus abzuschneiden versucht. Glaubt man nicht, dass im einzelnen Fall über eben diese begleitende Ermächtigung grade bei formloser Cession gestritten werden kann und gestritten werden wird? Wer nicht die an Form gebundene Ermächtigung verlangt, gewinnt also wenig, wenn er sie aus formloser Abtretung eliminirt. Sodann ist formale Einfachheit des Rechtes viel, aber es ist nicht Alles. Das formal Einfache kann sachlichen Zwiespalt und vor Allem kann es sachliche Unbilligkeit in sich tragen. Die herrschende Construction formloser Abtretung scheint mir von Beidem nicht frei. So einfach der Gegensatz von pactum de cedendo und von vollzogener Cession, so wenig will es einleuchten, warum ein Recht, welches im Princip die formlose Abtretung anerkennt, sie nicht ein Mal unter den Parteien durchführt, oder warum ein Recht, welches von formloser Abtretung nichts wissen will, sie dennoch benützt, um sie in ein pactum de cedendo zu denaturiren? Denaturirung und nichts anderes ist diese von der herrschenden Lehre angenommene Rechtswirkung unbeurkundeter Cession. Sie macht etwas anderes aus der formlosen Abtretung, als die „Abtretung“ von sich aus besagt. Sie thut dies gegen das Gesetz und ohne innere zwingende Nothwendigkeit. Gegen das Gesetz: dasselbe lässt die form-

lose Abtretung unter den Parteien gültig sein. Ohne innere Nothwendigkeit: denn nachgewiesener Massen bedingt die Wirkungslosigkeit des Uebergangs nach Aussen nicht die Reducirung der Wirksamkeit nach Innen auf blosse Verpflichtung zur schriftlichen Cession. Wenn aber gegen das Gesetz und ohne logische Nothwendigkeit, dann auch gegen die Billigkeit.

Warum sollen die Parteien unter einander nicht erreichen, was die „Abtretung" als das von ihnen Gewollte bezeichnet: die gegenwärtige Gewährung der Forderung als eines zum Vermögen des Cessionars gehörigen Aktivum? Kein vernünftiges, schutzwürdiges Interesse irgend eines Dritten ist daran betheiligt, dass der Cedent dem Cessionar gegenüber nicht einfach zu seinem Wort stehe. Und doch ist es zweifellos nur die Rücksicht auf Dritte gewesen, woraus die ganze Beschränkung der Wirksamkeit formloser Abtretung hervorging. Und schliesslich: wenn der Cessionar dem Cedenten gegenüber auf Vollziehung jenes fictiven pactum de cedendo klagen kann, warum ihm den direkten Weg abschneiden: die abgetretene Forderung dem Cedenten gegenüber als ihm gehörig in Anspruch zu nehmen? Von Allem, was mir an der herrschenden Construction formloser Abtretung missfällt, steht das sich daraus ergebende m. E. durchaus ungesunde Verhältniss unter den Cessionsparteien obenan. Ihm stelle ich die von mir vertretene Construction mit Vertrauen gegenüber. Weniger hoffnungsvoll rücksichtlich der Aufnahme meiner Ergebnisse stehe ich zu der von mir versuchten Construction der Rechtsbeziehungen nach Aussen. Ob die Ermächtigungstheorie und die ihr zu Grunde liegende Anschauung, dass Artikel 184 die Wirkung des Ueberganges und nur des Ueberganges **gegen** Dritte, nicht aber schlechthin jede Wirkung in Beziehung auf Dritte ausschliesse, sich Zustimmung erwerben werde, und wenn so, ob überhaupt oder nur in bestimmter Richtung? bleibt abzuwarten.[1])

[1]) In einem Erkenntniss der Appellationskammer des Zürcher Ober-

Dem entschiedensten Nein dürfte die dem Cedenten gegenüber von dessen Widerruf unabhängige Ermächtigung des Schuldners zur Zahlung an den Cessionar begegnen. Ich halte sie bis zu deren erfolgter Widerlegung fest. Leichteren Eingang mag die widerrufliche Ermächtigung des Schuldners resp. des Cessionars finden. In der That sehe ich weder, wie man bei Annahme des von mir vertretenen inneren Verhältnisses zwischen den Parteien jene nach Aussen gerichtete Reflexwirkung bezweifeln mag, noch was man praktisch dabei gewinnt, die Ermächtigung aus der formlosen Abtretung heraus zu werfen, um sie daneben als zufällige (aber freilich nach Lage der Sache vernünftiger Weise sich stets einfindende) Begleiterscheinung zuzulassen. Vor Allem hoffe ich mindestens auf Zustimmung dafür, dass, soweit der Cessionar in seinem Recht gegen den Cedenten durch Anfechtung der vom Schuldner mit dem Cessionar geschlossenen Rechtsakte von Seite des Cedenten gefährdet wird, der Schuldner selbst aus diesem Schutzinteresse des Cessionars Einreden gegen den Cedenten schöpfen kann.

Formale Logik — und ihr gegenüber materielle Billigkeit; unvermittelte, absolute, im Begriff einfache Gegensätze — und andererseits Relativität und Uebergang: dieser in unsrer heutigen Rechtsentwicklung wie in der heutigen Rechtswissenschaft unausgetragene Gegensatz ist auch der Gegensatz der von uns bekämpften und der von uns vertretenen Auslegung des umstrittenen Artikels 184. Um sich in ihn und in den Begriff relativ wirkender Veräusserung, vor Allem in den Gegensatz der Rechtswirkung nach Innen und nach Aussen hineinzufinden, ohne wegen des Verhältnisses nach Aussen das Verhältniss nach Innen zu denaturiren, erwäge man die Viel-

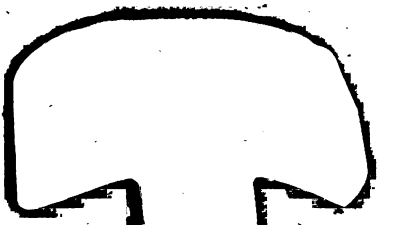
---

gerichts v. 1./4 1890 (Revue der Gerichtspraxis, VIII Nr. 70) wird das Erforderniss schriftlicher Cessionsurkunde auf die gerichtliche Geltendmachung der Cession (überhaupt und so auch gegen den Schuldner) bezogen. Ob darin die hier vertretene Anschauung durchschimmert, dass es eben zum Schutz der Dritten gelte? aber nicht den Schuldner hindere, von sich aus dem Cessionar zu zahlen?

gestaltigkeit der im modernen Recht wiederkehrenden Erscheinung relativer Gültigkeit der Rechtsgeschäfte und dualistischer Gestaltungen innerhalb unseres Rechtes. Führt die Einrichtung von Grundbüchern zu dualistischer Gestaltung des Eigentums, wie kann dualistische Wirkung der Veräusserung[1]) Anstoss geben? Und solcher Dualismus beschränkt sich nicht auf Sachenrechte und auf Veräusserungsgeschäfte. Dualistisch gestaltet sich z. Th. die Existenzfrage familienrechtlicher Verhältnisse, so vor Allem der Ehe. Hat doch erst vor wenigen Monaten der bayrische Verwaltungsgerichtshof eine ausserhalb Bayerns in einem andern deutschen Bundesgebiet nach der Vorschrift des Deutschen Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875, aber ohne eingeholte Urkunde der Heimathsbehörde geschlossene Ehe als nach Innen giltige, aber nach Aussen, d. h. dem Staat, der Gemeinde oder andern Personen gegenüber unwirksame Ehe erklärt;[2]) ein Erkenntniss, welches für uns noch dadurch an Interesse gewinnt, dass es von „gegenüber Dritten" zweifellos im Sinne des „gegen Dritte" spricht und somit wenigstens einigermassen auch an seinem Theile unsre Auslegung des Artikels 184 unterstützt. Wer angesichts aller vorbezeichneten Erscheinungen die formlose Abtretung des schweizerischen Obligationenrechtes in ein pactum de cedendo verwandelt, damit der Gegensatz von Zusage und Veräusserung sich in makelloser Reinheit abhebe: der mag juristischer Aesthetik dienen — und auch diese hat ihr Recht, wie die sondernde Analyse und Scheidung der Begriffe es stets behalten wird — aber im vorliegenden Fall schraubt er, wie ich meine, das lebendige Recht der Gegenwart in den Zwang formaler Schulkategorien zurück.

---

[1]) S. auch die Konkursordnung § 6 (und dazu Mitteis in Jhering's Jahrb. XXVII 128), wie denn der vergleichende Ausblick auf das Konkursrecht sich für Artikel 184 um so natürlicher darbietet, als Absatz 2 offensichtlich in erster Linie das Interesse der Gläubiger (des Cedenten) in das Auge fasst.

[2]) Erkenntniss vom 26./9 1890 (s. Allgemeine Zeitung vom 23./10 1890 zweites Morgenblatt).

Ex. M. P.
10/29/26